



جامعة اليرموك

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

قسم الفقه وأصوله

القواعد الفقهية في كتاب البيوع من كتاب المبسوط

للإمام السرخسي

(دراسة فقهية مقارنة)

Jurisprudential Regulations in The Chapter of Sales From The Imam
Sarkhasi's Al-Mabsout

(A Comparative Jurisprudential Study)

رسالة مقّمة لنيل درجة الماجستير

إعداد الطالبة: عائشة علي العري

الرقم الجامعي: 2012391027

إشراف الدكتور: أسامة عدنان القميين

حقل التخصص: الفقه وأصوله

الفصل الأول من العام الجامعي: 2015/2014م

القواعد الفقهية في كتاب البيوع من كتاب المبسوط

للإمام السرخسي

(دراسة فقهية مقارنة)

Jurisprudential Regulations in The Chapter of Sales From The Imam
Sarkhasi's Al-Mabsout

(A Comparative Jurisprudential Study)

إعداد الطالبة:

عائشة علي الغمري

بكالوريوس في الفقه وأصوله، جامعة اليرموك ٢٠٠٠م

قدمت هذه رسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله

جامعة اليرموك، إربد - الأردن.

وافق عليها أعضاء لجنة المناقشة

د. أسامة عدنان الغميين رئيساً ومشرفاً.

الأستاذ المساعد، رئيس قسم الفقه وأصوله، جامعة اليرموك.

د. محمد عقلة الإبراهيم عضواً

الأستاذ المشارك في قسم الفقه وأصوله، جامعة اليرموك.

د. خالد نواف الشوحة عضواً

الأستاذ المشارك في قسم أصول الدين، بجامعة اليرموك.

نوقشت بتاريخ ١٤٣٦هـ - ١٢١٥م.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

إلى من علما ني أن الأعمال الكبيرة لا تتم إلا بالصبر والعزيمة والإصرار.. وألهماني الأمل بعد
العناء والانتظار..والديّ أظال الله بقاءهما وألبسهما ثوب الصحة والعافية..

إلى من ساندني وآزرنني وعاش دربي.. فكان له الفضل بعد الله في اتمام دراستي..زوجي
العزیز..

إلى أزهار النرجس التي تفيض حبا وطفولةً ونقاءً وعطراً.. اللاتي مايزلن يحيين على أدراج
العمر الأولى.. بنياتي الغاليات..

إلى من قرت به نفسي.. وسكن بقدمه خاطري.. ولدي الحبيب..

إلى كل من قدم لي عوناً، وهون عليّ صعباً وأرشدني للطريق الصواب..

إلى كل هؤلاء... أهدي هذا الجهد المتواضع، جعله الله خالصاً لوجهه الكريم..

الشكر والتقدير.

الحمد لله بأسطِ الرِّزْقِ لمن يشاء من عباده، والصلاة والسلام على أشرف الخلق

والمرسلين، سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

أتقدم بخالص شكري، وعظيم امتناني، لمن رزقت إشرافه على رسالتي، فلم يأل جهداً بالرفع من سوية دراستي، بما أمدني به من الدعم والعون، فكان مثلاً يتعلم منه العلم والخلق، وموجهاً يسد ما أوجع به قلبي، ومصححاً لما أخطأ فيه فهمي، الدكتور الفاضل: أسامة عدنان الغنميين؛ فجزاه الله خير الجزاء، وأجزل عليّ ه العطاء، على ما لأني، من توجيهات كريمة، و رعاية بارزة، واهتمام بالغ، وبذل بسخاء نفس، وكريم عطاء، فبفضل الله ثم بفضلته وصلت لليوم الذي أتوج به ثمرة جهود سنوات مضت، فأسأل المولى أن يتقبله قبولاً حسناً.

كما وأشكر كل من تكرم عليّ بسديد نصح، ودقيق توجيهات، لجنة المناقشة الفاضلة:

الأستاذ الدكتور الفاضل: محمد عقله الإبراهيم.

الدكتور الفاضل: خالد الشوحه.

جزاهما الله خيراً، على ما تفضلاً به من قراءة لرسالتي، وتعليق عليها، وتصويب لما زلّ

به القلم، وما ضلّ به الفكر، فبارك الله فيهما، وجزاهما عن الإسلام خير الجزاء.

كما وأتقدم بالشكر لجامعتي التي ترعرع علمي في أكنافها؛ جامعة اليرموك، ومن قام

عليها، كما وأخص بالشكر: كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، وأساتذتي الكرام جميعاً، وأسأل

الله تعالى لهم عمراً مديداً على طاعته، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

مسرد المحتويات.

الصفحة	قائمة المحتويات.
ب	البسمة.
ج	الإهداء.
د	الشكر والتقدير.
و	فهرس محتويات .
ط	ملخص الرسالة.
1	المقدمة.
2	أهمية الدراسة.
3	مشكلة الدراسة وأسئلتها.
3	أهداف الدراسة.
4	حدود الدراسة.
4	الدراسات السابقة.
5	منهج الدراسة.
7	الفصل التمهيدي.
8	المبحث الأول: تعريف بالإمام السرخسيّ وكتابه المبسوط.
8	المطلب الأول: مولده وأسمه.
9	المطلب الثاني: عصره وحياته العلمية.
10	المطلب الثالث: لمحة موجزة عن كتاب المبسوط للإمام السرخسي رحمه الله.
14	المبحث الثاني: تعريف القاعدة الفقهيّة، والفرق بينها وبين القاعدة الأصولية، والفرق بين القاعدة الفقهيّة والضابط الفقهي.
14	المطلب الأول: تعريف القاعدة لغة واصطلاحاً.

16	المطلب الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهيّة والقاعدة الأصولية.
19	المطلب الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهيّة والضابط الفقهي.
21	الفصل الأول: القواعد الفقهيّة المتعلقة بالسّلم.
24	المبحث الأول: القواعد الفقهيّة المذكورة في باب الوكالة في السّلم.
24	المطلب الأول: قاعدة لا تأثير لجهالة الصفة في العقود المبنية على التّوسع.
37	المطلب الثاني: قاعدة ما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو.
50	المطلب الثالث: قاعدة الأصل أنّ كل أحد يعمل لنفسه، إلّا أن يفترن بعمله دليل يدل على أنّه يعمل لغيره.
57	المبحث الثاني: القواعد الفقهيّة المذكورة في باب السّلم إذا كان فيه شرط خيار.
58	المطلب الأول: قاعدة: المفسد متى زال قبل تقرّره جعل كأن لم يكن.
69	المطلب الثاني: قاعدة: الساقط متلاشيء لا يُتصوّر عوّه.
76	المطلب الثالث: قاعدة: تملك الدين، من غير من عليه الدين، في سائر الديون، لا يجوز.
85	الفصل الثاني: القواعد الفقهيّة المذكورة في باب البيوع الفاسدة، والبيوع إذا كان فيها شرط.
87	المطلب الأول: الحادث بعد العقد قبل القبض، كالموجود وقت العقد.
95	المطلب الثاني: المطلب الثاني: قاعدة: ملك التصرف يستفاد بالقبض.
107	المبحث الثاني: قاعدتان في البيوع إذا كان فيها شرط.
107	المطلب الأول: الضمان لا يجب إلا بالقبض.

116	المطلب الثاني: قاعدة: الضمان الأصلي في البيع، ضمان القيمة.
125	الفصل الثالث: القواعد الفقهيّة المذكورة في باب الخيار في البيوع، والعيوب فيها.
127	المبحث الأول: القواعد الفقهيّة المذكورة في باب الخيار في البيوع.
127	المطلب الأول: قاعدة: كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل.
139	المطلب الثاني: قاعدة: عقود المعاوضات لا تحتل التعليق بشرط.
149	المبحث الثاني: القواعد الفقهيّة المذكورة في باب العيوب في البيوع.
149	المطلب الأول: قاعدة: الحوادث إنما يحال بحدوثها على أقرب الأوقات.
157	المطلب الثاني: قاعدة: الشيء لا يَنْقُضُهُ ما هو دونه ، وإنما يَنْقُضُهُ ما هو مثلهُ أو فَوْقَهُ.
164	المطلب الثالث، قاعدة: يد الأمين كيد صاحب الأمانة.
170	الخاتمة: النتائج، والتوصيات.
173	مسرد الآيات القرآنية .
174	مسرد الأحاديث النبوية.
176	مسرد المصادر والمراجع.
178	الملخص باللغة الإنجليزية.

المُلخَص.

العُمري، عائشة علي محمد: القواعد الفقهيّة في كتاب البيوع من كتاب المبسوط للإمام السرخسي، رسالة لنيل درجة الماجستير في الفقه وأصوله، جامعة اليرموك، 2015م، إشراف الدكتور: أسامة عدنان الغنميين.

هدفت الدراسة إلى بيان القواعد الفقهيّة في كتاب البيوع من كتاب المبسوط للإمام السرخسي، ومعرفة بعض تطبيقاتها، حيث قامت الباحثة، بجمع القواعد الفقهيّة المتعلقة بموضوع الدراسة واستخلاصها، وشرحها، ودراستها، وتحليلها، وتوضيح ما يتعلق بها من أحكام، مؤيدة بالأدلة الشرعيّة من القرآن الكريم، والسنة المشرفة، وبيان بعض التطبيقات القديمة والمعاصرة، على كلّ قاعدة، مع الشرح والتفصيل.

وبيّنت الدراسة أنّ كتاب البيوع من كتاب المبسوط، قد احتوى على كثير من القواعد الفقهيّة المهمّة، إذ أكثر الإمام السرخسي رحمه الله - من تعليل الأحكام والفروع، بعدد من القواعد الفقهيّة بصيغ متعددة، وهي قواعد - في معظمها - متفرعة عن قواعد فقهيّة كبرى.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين وأزواجه الطيبين الطاهرين صلاة تدوم على مرّ السنين، وبعد:

فمن رحمة الله سبحانه وتعالى بالأمة، أن سخر لها من أئمة المسلمين علماء مجتهدين، بذلوا قصارى جهدهم في استنباط الحكم الشرعي بعد فهمه من النصوص الشرعية، والمصادر الأصلية، وفق علم من أهم العلوم الشرعية، هو علم أصول الفقه، الذي يتوصل به الفقيه إلى معرفة مراد الشارع عز وجل من النص، وفق أسس وقواعد فقهية محددة منضبطة، رسخ العلماء من خلالها أصول مذاهبهم، وأسس مناهجهم.

ونظراً للأهمية الكبيرة التي تمتاز بها هذه القواعد، فقد دون العلماء في بطون كتبهم قواعد ذات أهمية بالغة في الفقه الإسلامي، بني عليها العديد من الأحكام الشرعية، ومن هؤلاء العلماء الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - حيث دون في كتابه المبسوط، علماً غزيراً، احتوى على قواعد فقهية، بني عليها أصول مذهبه، وقد أحببت الوقوف على بعضها، فاخترت كتاب البيوع، ممهدةً بذلك لطلبة العلم دراسة باقي مباحث الكتاب، لغرض تحقيق فائدة علمية تُتوقع أن تعود بالنفع على المشتغلين بالفقه، وذلك من خلال بيان بعض التطبيقات المالية القديمة والمعاصرة.

أهمية الدراسة:

تتبع أهمية هذه الدراسة من الآتي.

أولاً: أن الإمام السرخسي -رحمه الله- من الأئمة البارزين، في المذهب الحنفي، فهو من طبقة الفقهاء المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن أصحاب المذهب⁽¹⁾، فقد حباه الله عز وجلّ علماً غزيراً، وفهماً دقيقاً، واجتهاداً عزّ نظيره، قال عنه صاحب الجواهر المضية: "هو أحد الأئمة الكبار أصحاب الفنون، كان إماماً علامةً، حجة، متكلماً، فقيهاً، أصولياً، مناظراً."⁽²⁾

ثانياً: أن علم الإمام السرخسي -رحمه الله- واجتهاده برزا في كتبه ومؤلفاته ومنها كتاب المبسوط، إذ يعدّ هذا الكتاب من أهم ما يعتمد عليه في المذهب الحنفي، فقد جمع الإمام السرخسي فيه أقوال الإمام أبي حنيفة وتلاميذه، منهم: أبو يوسف وزفر ومحمد بن الحسن، وغيرهم من أعلام المذهب.

وتبرز أهمية هذا الكتاب في أنه هو الكتاب الوحيد الذي شرح الكتب الستة التي ألفها الإمام محمد بن الحسن الشيباني، نقلاً عن الإمام أبي حنيفة -رحمه الله- وهي المسمّاة ب: (ظاهر الرواية)، إذ تعدّ هذه الكتب من أمهات الكتب المعتمدة في المذهب الحنفي، حيث استخرج الإمام السرخسي منها دقائقها وجواهرها، وبين غوامضها، ونظمها خير نظام، وقد احتوى هذا الكتاب

(1) ينظر: الداري، تقي الدين بن عبد القادر التميمي الداري، الطبقات السنّية في تراجم الحنفية، ج1، ص11.

(2) ينظر: القرشي، عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، ج1،

على قواعد فقهيّة، تعدّ مرجعاً لتأصيل كثيرٍ من الأحكام الشرعيّة، التي يبني عليها كثير من الفروع الدقيقة.

من هنا جاءت هذه الدراسة، والتي أُمّي من الله عزّ وجلّ أن تحقق الغرض المنشود منها، وهو إبراز القواعد الفقهيّة عند الإمام السرخسيّ في كتاب البيوع، من كتابه المبسوط، وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، حيث سأقوم بإذن الله بإيراد القاعدة وتعريفها، ومن ثمّ تأصيلها، ومقارنتها، وذكر بعض أمثلتها، والاستثناءات منها إن وجدت.

مشكلة الدراسة وأسئلتها.

من المتوقع أن تجيب الدراسة الحاليّة على السؤال الرئيس الآتي:

1- ما القواعد الفقهيّة المذكورة في كتاب البيوع من كتاب المبسوط للسرخسي، وما تطبيقاتها القديمة، والمعاصرة؟

وتتفرع عنه الأسئلة الآتية:

- 1- ما القواعد الفقهيّة المذكورة في باب السّلم، في كتاب البيوع من كتاب المبسوط؟.
- 2- ما القواعد الفقهيّة المذكورة في بابي: البيوع الفاسدة، والبيوع إذا كان فيها شرط؟.
- 3- ما القواعد الفقهيّة المذكورة في بابي: الخيار في البيوع، والعيوب في البيوع؟.

أهداف الدراسة: تسعى الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

- 1- معرفة القواعد الفقهيّة المذكورة في باب السلم. في كتاب البيوع من كتاب المبسوط.
- 2- معرفة القواعد الفقهيّة المذكورة في بابيّ: البيوع الفاسدة، والبيوع إذا كان فيها شرط.
- 3- معرفة القواعد الفقهيّة المذكورة في بابيّ: الخيار في البيوع، والعيوب في البيوع.

حدود الدراسة:

تقتصر هذه الدراسة على بيان القواعد الفقهيّة المذكورة في كتاب البيوع، من كتاب المبسوط للإمام السرخسيّ.

الدراسات السابقة.

من الدراسات السابقة المتعلقة بموضوع دراستي ما يأتي:

- 1_ (المنهج الفقهي والقواعد الفقهيّة عند الإمام السرخسي في كتاب المبسوط)، وهي دراسة للباحث: محمد أيمن عبد الوهاب الزهر (2005م)، وقد جاءت هذه الدراسة عامة، تهدف إلى بيان المنهج الفقهيّ للإمام السرخسيّ، والتمثيل له بقواعد فقهيّة قليلة، دون دراستها بشكل مفصل ومستقل، وهذا أمر طبيعي إذ لا يمكن دراسة القواعد الفقهيّة المذكورة في كتاب المبسوط، على نحو مفصّل، في دراسة واحدة؛ فكتاب المبسوط، يقع في ثلاثين مجلداً من الحجم الكبير. وقد قسم الباحث دراسته إلى أربعة فصول وخاتمة، تحدّث في الفصل الأول عن حياة الإمام السرخسيّ: عصره وآثاره ومصنفاته وتلاميذه... وفي الفصل الثاني تطرق الباحث إلى المنهج الفقهي عند شمس الأئمة السرخسيّ في كتابه المبسوط، ويّوب للفصل الثالث بعنوان: التقعيد الفقهي عند الحنفيّة، ثم خصص الباحث الفصل الرابع لموضوع: التصنيف الموضوعي للقواعد الفقهيّة في كتاب "المبسوط"، حيث خصص الباحث في المبحث الثالث منه لبحث القواعد في

المعاملات، وجعل المبحث الثالث منه في بحث قواعد في العبادات والمعاملات أسماء: القواعد الفقهيّة عند شمس الأئمة في العبادات والمعاملات، وبذلك تكون دراستي الحالية قد اشتركت مع هذه الدراسة في مبحث واحد فقط، ذكر فيه الباحث القواعد في باب المعاملات بشكل عام. واختلفت دراستي الحالية مع الدراسة السابقة في أنها اقتصت بكتاب واحد فقط من كتاب المبسوط، هو: "كتاب البيوع"، والذي اشتمل على العديد من القواعد الفقهيّة، والتي سيتم بحثها بشكل عميق، مع تأصيلها، وشرحها، وبيان تطبيقاتها القديمة والمعاصرة.

2_ (معلمة زايد للقواعد الفقهيّة والأصولية)، لمجموعة من كبار العلماء، وهي معلمة ضمت آلاف القواعد الفقهيّة، والأصوليّة، تمّ جمعها من أمهات الكتب المعتمدة في المذاهب، وقد تطرّق العلماء فيها لبحث أهميّة القواعد، والاختلاف فيها، وحجبتها، وتطبيقاتها، والاستثناء منها، وتتفق دراستي الحاليّة مع المعلمة، في أنها ذكرت قواعد البيوع من كتاب المبسوط، إلا أنّ المعلمة ذكرتها تحت مجموعة كبيرة من القواعد الفقهيّة، قد تصل لألف قاعدة فقهيّة متناثرة بين غيرها من القواعد المذكورة في أمهات كتب المذاهب الأخرى، دون دراسة مستقلة مفصلة، بينما الدراسة الحاليّة جمعت قواعد البيوع من كتاب المبسوط، في مكان واحد يسهل الرجوع إليه، مع دراستها دراسة مفصلة بشكل مستقل بعيداً عن غيرها من القواعد.

منهجية الدراسة:

تستند هذه الدراسة إلى المنهج الاستقرائي التحليلي الذي يقوم على دراسة القواعد الفقهيّة وجمعها، ومن ثم شرحها وتحليلها، وجمع النصوص الشرعيّة المتعلقة بها، بالإضافة إلى أقوال العلماء، مع التركيز على القضايا ذات الصلة بموضوع الدراسة ومن ثم التوصل إلى مجموعة من الأحكام، والنتائج المتعلقة بموضوع الدراسة.

وقد سرت في منهج الدراسة على النحو الآتي:

- كتابة الآيات القرآنية الكريمة بالرسم العثماني، وعزوها بذكر اسم السورة، ورقم الآية.
- قمتُ بتخريج الأحاديث النبوية المشرفة المحتج بها من كتب التخريج المعتمدة، فإذا ورد الحديث في البخاري أو مسلم، اكتفيت بتخريجه منهما أو من أحدهما، فإذا لم يرد الحديث في البخاري، أو مسلم، قمت بتخريجه من المصادر الحديثية الأصيلة المعتمدة، مع نقل أقوال العلماء في الحكم عليه فلم أترك حديثاً واحداً دون بيان تخريجه ودرجته.
- جمعتُ أغلب القواعد الفقهية المتعلقة بموضوع الدراسة من كتاب البيوع، في كتاب المبسوط للإمام السرخسي - رحمة الله -، ثم تأكدت من صحة هذه القواعد، وذلك بالرجوع لمعلمة القواعد الفقهية والتي أشرف عليها قرابة ثلاثة عشر عالماً من العلماء المعاصرين، فقمتُ بترتيب القواعد على مفردات الخطة، وبيّنت المعنى العام لكل قاعدة، وذكرت أدلتها الشرعية، ومن ثم قمتُ بتحليل القواعد، وبيان بعض تطبيقاتها، ما مكّني الله إلى ذلك سبيلاً.
- نقلت أقوال العلماء من كتبهم المعتمدة، وعزوت كل قول لقائله، من مصادره الأصيلة.
- عرّفتُ بالمصطلحات التي تحتاج لبيان، تعريفاً موجزاً، مع ضبط الكلمات التي تحتاج لضبط في نصوص الدراسة.
- ختمت الدراسة بذكر بعض النتائج والتوصيات.
- قمتُ بتذييل الدراسة بمسارد مفصلة.

الفصل التمهيدي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف بالإمام السرخسيّ وكتابه المبسوط.

المبحث الثاني: تعريف القاعدة الفقهيّة، والفرق بينها وبين القاعدة الأصولية والفرق بين القاعدة الفقهيّة والضابط الفقهي.

المبحث الأول: تعريف بالإمام السرخسيّ وكتابه المبسوط.

المطلب الأول: اسمه ومولده.

السرخسيّ: محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسيّ أحد الفحول الأئمة الكبار، أصحاب الفنون، قاض، من كبار الحنفية، كان مجتهداً، إماماً، علامة، حجة، متكلماً، فقيهاً، أصولياً، مناظراً، لقب بشمس الأئمة، ورغم أنّ الكثير من فقهاء الحنفية قدّوا بهذا الاسم⁽¹⁾، غير أنّ "شمس الأئمة إذا اطلق في كتب الحنفية، فالمراد به الإمام السرخسيّ رحمه الله تعالى.

لم أجد -بحسب بذل الوسع في الكثير من المصادر الفقهيّة- تفصيلاً وافياً عن حياة الإمام السرخسيّ من ناحية مولده، ولم أوف فيما- اطلعت عليه من كتب التراجم- على من ذكر سنة مولده، وكذلك لم أجد شيئاً دقيقاً عن الموطن الذي ولد فيه.

(1) منهم: شمس الأئمة عبد العزيز الحلواني شيخ الإمام السرخسي، وشمس الأئمة الجابري مفتي بخارى، و القاضي شمس الأئمة أبي بكر الزريري، وشمس الأئمة محمد بن عبد الستار الكردي. وغيرهم، ينظر: محي الدين، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مرجع سابق، ج1، ص150-163، وابن قطلويغا، زين الدين أبو العدل قاسم بن قطلويغا، تاج التراجم في طبقات الحنفية، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط1، 1413 هـ - 1992 م، ج3، ص9، والذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط3، 1405 هـ - 1985 م، ج21، ص173 وج23، ص113. والزركلي، خير الدين بن محمود الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين ط15، 2002 م، ج5، ص315،

المطلب الثاني: مكانته العلمية.

عاش شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- في مدينة "سرخس" من إقليم خراسان⁽¹⁾، واشتهر بالتدريس وإملاء الكتب، حتى تتلمذ على يديه كبار الأئمة والمجتهدين، وكان من أئمة الأعلام أصحاب الفنون، الذين برعوا في الحفظ، حتى غدا من أشهر أعلام زمانه، وقد ذكر المترجمون له أنه رحمه الله كان فقيهاً، عالماً، حافظاً، مجتهداً، وألف أملى كتابه المبسوط، والذي يُعد من أمهات كتب المذهب الحنفي، والمكون من ثلاثين جزءاً، أملاه من حفظه وهو في السجن داخل الجب⁽²⁾، وهذا إن دلّ على شيء، فهو يدل على شدة فطنته، وذكائه، وسعة علمه، وحفظه، وفي ذلك يقول -رحمه الله- في كتابة المبسوط: "...والحاصل أن من تكلف لذلك من أصحابنا -رحمهم الله- تعذر عليه تخريج المسألة بالتحقيق أصلاً، وكلّ ما ذكره: عندي في تصنيف، ولكن لم يكن معي شيء من كتبي، ولم يجد به خاطري الآن، فإن تيسر وصولي إلى كتبي، أو جاد به خاطري أي وقت، أتيت منه بقدر الممكن، إن شاء الله تعالى"⁽³⁾

وفي هذا دليل دامغ على أنه كان يملئ من ذاكرته، ولذا عدّ من الفقهاء المجتهدين في زمانه، وقد كان -رحمه الله- صاحب جرأة في قول الحق، لا يخاف في الله لومة لائم، وكان

(1) خراسان بلاد واسعة تمتد حدودها من العراق وتصل إلى بلاد الهند، وتشتمل على أمهات من البلاد منها نيسابور وهراة ومرو، وقد فتحت هذه البلاد صلحاً أيام الخلفية عثمان بن عفان رضي الله عنه، ينظر: الحموي، شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت الحموي، معجم البلدان، دار صادر، بيروت، ط1995، ج3، م، ج2، ص350.

(2) ينظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج5، ص315، ومحبي الدين، الجواهر المضية في طبقات الحنفية،

مرجع سابق، ج2، ص28.

(3) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، ط،

1414هـ-1993م، ج1، ص178.

سبب سجنه كلمة نصح بها الأمير⁽¹⁾، وهي ما كان سبب محنته، يقول -رحمه الله- في شرحه لكتاب النكت: "... أملتتها وأنا في السجن محبوس، وعن أسباب الخلاص في الدنيا مأبوس، بسبب كلمة كنت فيها من الناصحين، سالكاً فيها طريق الراسخين، ليكون لي ذخيرة يوم الدين، وأكون فيه من الفائزين، وإنما يتقبل الله عز وجلّ من المتقين، وهو يتولى الصالحين، ولا يهدي كيد الخائنين، ولا يضيع أجر المحسنين، والحمد لله قبل وبعد"⁽²⁾، هذا وللإمام الاسرخسي مصّفات منها: شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني، وشرح الجامع الصغير، وشرح أدب القاضي للخصّاف، وغيرها⁽³⁾، فرحمه الله تعالى وجزاه عن المسلمين خير الجزاء.

المطلب الثالث: لمحة موجزة عن كتاب المبسوط للإمام السرخسي رحمه الله.

يعدّ كتاب المبسوط من أمهات الكتب في المذهب الحنفي، وهو شرح لكتاب "الكافي" للحاكم الشهيد أبي الفضل محمد بن أحمد المروزي - رحمه الله -، يقول السرخسي - رحمه الله - في مقدّمة كتابه المبسوط: "رأى الحاكم الشهيد أبو الفضل محمد بن أحمد المروزي - رحمه الله - إعراضاً من بعض المتعلمين عن قراءة المبسوط⁽⁴⁾، لبسط في الألفاظ، وتكرار في المسائل، فرأى الصواب في تأليف المختصر بذكر معاني كتب محمد بن الحسن - رحمه الله - المبسوطه فيه، وحذف المكرّر من مسائله، ترغيباً للمقتبسين" وقال رحمه الله: "ثمّ إنني رأيت في زمني بعض الإعراض عن الفقه من الطالبين لأسباب، فمنها: قصور الهمم لبعضهم، حتى اکتفوا بالخلافيات

(1) ينظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج5، ص315.

(2) السرخسي، ، النكت: شح زيادة الزيادات، ج1، ص178.

(3) ينظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج5، ص315.

(4) يقصد مبسوط الإمام محمّد بن الحسن الشيباني، وهو أحد الكتب الستة المشهورة.

من المسائل الطوال، ومنها: ترك النصيحة من بعض المدرسين بالتطويل عليهم بالنكات الطردية التي لا فقه تحتها، ومنها: تطويل بعض المتكلمين بذكر ألفاظ الفلاسفة في شرح معاني الفقه، وخط حدود كلامهم بها، فرأيت الصواب في تأليف شرح المختصر لأزيد على المعنى المؤثر في بيان كل مسألة اكتفاء بما هو المعتمد في كل باب، وقد انضم إلى ذلك سؤال بعض الخواص من زمن حبسي، حين ساعدوني لأنسي، أن ألمي عليهم ذلك فأجبتهم إليه، وأسأل الله تعالى التوفيق للصواب، والعصمة عن الخطأ وما يوجب العقاب، وأن يجعل ما نويت فيما أملت سبباً لخلاصي في الدنيا، ونجاتي في الآخرة، إنه قريب مجيب".⁽¹⁾

وقد جمع الإمام السرخسي رحمه الله في كتابه أقوال الإمام أبي حنيفة، وتلاميذه، رحمهم الله تعالى جميعاً، واختصر فيه كتب ظاهر الرواية لمحمد بن الحسن، نقلاً عن الإمام أبي حنيفة - رحمه الله - وهي المسماة بكتب: (ظاهر الرواية)⁽²⁾، إذ تعدّ هذه الكتب من أمهات الكتب

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج1، ص3-4. وقد نقلت من كتاب "المبسوط" هذا النص رغم طوله، نظراً إلى أهميته، وهو كاف لبيان سبب تأليف السرخسي لكتاب المبسوط، وبيان مراده وغرضه، ومنهجيته في الكتاب.

(2) كتب ظاهر الرواية، جمعها العلامة محمد أمين ابن عابدين الشامي رحمه الله تعالى في أرجوزة: (عقود رسم المفتي) فقال:

وكتب ظاهر الرواية أتت *** ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني *** حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير و الكبير *** والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط *** تواترت بالسند المضبوط.

ينظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر -

بيروت، ط2، 1412هـ - 1992م، ج1، ص50.

المعتمدة في المذهب الحنفي، حيث استخرج الإمام السرخسي منها دقائقها وجواهرها، وبن غوامضها، ونظمها خير نظام، الأمر الذي جعل كتاب المبسوط حاوياً على قواعد فقهيّة، تعدّ مرجعاً لتأصيل كثيرٍ من الأحكام الشرعيّة، التي يبني عليها كثير من الفروع والجزئيات الدقيقة، وقد سهل ذلك أنّ عبارات الكتاب يسيرة سهلة لا تحتاج لكبير عناء لفهما، بحيث يسهل على طلبة العلم الرجوع إليه، وأخذ المعلومة بسهولة ويسر، بخلاف كثير من الكتب الفقهيّة التي يصعب على المبتدئين فهمها.

وإنّ منعم النظر في كتاب المبسوط يجد أنّ من حسن تأليف الإمام السرخسي -رحمه الله- أنه أورد الكثير من الأحاديث النبوية المشرفة، وآثار الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم، وفي هذا دلالة واضحة على قوّة حفظه للمسائل الفقهيّة، واستحضاره للأدلة الشرعيّة، لذلك عدّ كتاب المبسوط من أهم ما يرجع إليه في الفقه الحنفي، شهد بذلك غير واحد من العلماء، يقول ابن عابدين: ".. ومبسوط السرخسي لا يعمل بما يخالفه، ولا يركن إلا إليه، ولا يفتي ولا يعول إلا عليه"⁽¹⁾، وهذا يدلّ على أنّ الإمام السرخسي -رحمه الله- دون في كتابه المبسوط "علماً غزيراً احتوى على قواعد فقهيّة، بنى عليها أصول المذهب الحنفي وقواعده.

وقد احتوى كتاب المبسوط على جميع أبواب الفقه، بعبارة واضحة، وأسلوب شيق، مع ذكر المسائل مدعومة بالأدلة، والمناقشات، مؤيداً ما ذهب إليه بالأدلة الشرعيّة دون تعصب لمذهبه.

(1) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج1، ص70.

والكتاب مطبوع في ثلاثين مجلداً ، بدأه السرخسيّ -رحمه الله- بكتاب الصلاة وذكر سبب ذلك، فقال: "لأن الصلاة من أقوى الأركان بعد الإيمان بالله تعالى... فمن أراد نصب خيمة بدأ بنصب العماد" (1)، ثم ختم كتابه رحمه الله بباب نكاح الشبهة. (2)

وجديرٌ ذكره: أن كتاب المبسوط ما يزال بحاجة إلى كثير من التنقيح والتحقيق، والاهتمام والعناية، وتخريج الأحاديث النبوية المشرفة، وآثار الصحابة الكرام والتابعين، والغوص فيه؛ لاستخراج العديد من الكنوز الفقهيّة التي احتواها.

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج1، ص4.

(2) المرجع نفسه، ج30، ص303.

المبحث الثاني: تعريف القاعدة الفقهيّة، والفرق بينها وبين القاعدة الأصوليّة، والفرق بين القاعدة الفقهيّة والضابط الفقهي.

المطلب الأول: تعريف القاعدة لغة واصطلاحاً.

أولاً: القاعدة لغة.

القاعدة لغة من: (قَدَّ)، القاف والعين والذال أصل مطّرد منقاس، لا يُخْفِ، وهو يضاهي الجلوس⁽¹⁾، وقَدَّ: يَقْعُدُ وَمَقْدًا⁽²⁾، والقاعدة هي: أساس الشيء وأصله، وقواعد البيت أساسه، وللقاعدة لغة معانٍ عدة كلّها تأتي بمعنى أساس الشيء وأصله.⁽³⁾

(1) ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: أنس محمد الشامي، القاهرة-مصر، دار الحديث، د.ط، ت1429هـ-2008م، ص782-783.

(2) الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، تحقيق د. عبد العزيز مطر، دار الجيل، بيروت 1390هـ-1970م، باب الدال المهملة، مادة (قَدَّ)، ج1، ص2207.

(3) ينظر: ابن منظور، محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، باب: القاف، بيروت-لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط3، ت1419هـ-1999م، ج11، ص236-242. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، بيروت-لبنان، المكتبة العلمية، د.ط، د.ت، ص110. والفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت-لبنان، دار الجيل، د.ط، د.ت، فصل: القاف، باب: الدال، ص340-341.

ثانياً: القاعدة اصطلاحاً: عرّف العلماء القاعدة الفقهيّة بتعريفات كثيرة، ومن هنا كثرت الكتابات في تحديد تعريف للقاعدة الفقهيّة بوجه عام، ولّما كان المقام يضيق عن ذكرها جميعاً؛ فقد اخترت أهمها، كما في الآتي:

الأول: الأمر الكلّي المنطبق على جزئيات كثيرة، تفهم أحكامها منها. (1)

والثاني: قضية كُليّة منطبقة على جميع جزئياتها. (2)

والثالث: حكم أكثرى لا كُليّ، ينطبق على أكثر جزئياته لتُعرف أحكامها منه. (3)

والرابع: قضية كُليّة من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها، وتسمّى

فروعاً، واستخراجها منها تفرّعا كقولهم: "كل إجماع حق" (4).

(1) السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن الكافي السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية-بيروت، دط، 1411هـ-1991م، ج1، ص21.

(2) الجرجاني، علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، ت1410هـ-1983م، ص171.

(3) التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، التلويح إلى كشف حقائق التنقيح ومعه شرح التلويح على التوضيح، للمحبوبي، عبيد الله بن مسعود، تحقيق: محمد عدنان درويش، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت-لبنان، ط1، ت1419هـ-1998م، ج1، ص52، والحموي، أحمد بن محمد الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دط، 1405هـ-1985م، ج1، ص68.

(4) الكفوي، أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري، بيروت-لبنان، مؤسسة الرسالة، ط2، ت1432هـ-2011م، فصل القاف، ص613.

المطلب الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهيّة والأصولية.

قبل الحديث عن الفرق بين القاعدة الفقهيّة والقاعدة الأصولية، لا بد من توضيح معنى

القاعدة الأصولية لغة واصطلاحاً.

أولاً: القاعدة الأصولية لغة.

الأصولية: صفة للقواعد، ومفردتها (أصل)، والأصل: هو ما يبني عليه غيره⁽¹⁾، أو هو: ما

تفرّع عنه غيره⁽²⁾، والأصل أسفل كل شيء، وجمعه أصول، وأساس الحائظ أصله، و(

استأصل) الشيء، ثبت أصله وقوى ثم كثر حتى قيل أصل كل شيء ما يستند وجود ذلك الشيء

إليه، فالأب أصل للولد، والنهر أصل للجداول.⁽³⁾

(1) العجم، رفيق، مصطلحات أصول الفقه عند المسلمين، بيروت-لبنان، مكتبة لبنان، ط1418، 1هـ-

1998م، ج1، ص193. والتهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مرجع سابق، 213، والجرجاني،

التعريفات، مرجع سابق، ص28.

(2) العجم، مصطلحات أصول الفقه، مرجع سابق، ج1، ص195.

(3) الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مرجع سابق، ج1، ص155-156.

ثانياً: القاعدة الأصولية اصطلاحاً.

بعد بذل الوسع لم أجد في حدود ما طلعت عليه من كتب الأصوليين القدامى تعريفاً للقواعد الأصولية، غير أن الفقهاء المعاصرين، عرفوا القواعد الأصولية بتعريفات، أختار من أهمها الآتية:

التعريف الأول: قضية كلية يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية (1).

التعريف الثاني: الأسس والخطط والمناهج التي يضعها المجتهد نصب عينه عند البدء والشروع بالاستنباط، ويضعها ليشيد عليها صرح مذهبه، ويكون ما يتوصل إليه ثمرة ونتيجة لها (2).

التعريف الثالث: مبدأ كلي يتوصل من خلاله إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية (3).

وبناء على هذه التعريفات، يمكن القول: إن القواعد الأصولية؛ أسس وقضاياهاً تعتمد عليها عند البحث في الأدلة الإجمالية بينما يُعتمد على القاعدة الفقهية عند البحث في الحكم التفصيلي للعمل، وذلك من خلال الأدلة التفصيلية.

(1) شبير، محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، عمان-الأردن، دار النفائس، ط2، 1428هـ-2007م، ص27.

(2) الخن، مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، بيروت-لبنان، مؤسسة الرسالة، ط1، ت1392هـ-1972م، ص117.

(3) فلوسي، مسعود بن موسى الفلوسي، القواعد الأصولية، تحديد وتأصيل، مكتبة وهبه القاهرة، ط1، ت1424هـ-2003م، ص19.

ومن هنا كان لا بدّ من وجود فروق بين القواعد الفقهيّة، والقواعد الأصولية، وبيان هذه

الفروق في الآتي: (1)

1- إنّ القواعد الأصولية ناشئة في أغلبها من الألفاظ العربية، أما القواعد الفقهيّة فناشئة من الأحكام الشرعيّة، والمسائل الفقهيّة.

2- إنّ القواعد الأصولية خاصة بالمجتهد، يستعملها عند استنباط الأحكام الفقهيّة، ومعرفة حكم الوقائع والمسائل المستجدة في المصادر الشرعيّة، أما القواعد الفقهيّة فإنها خاصة بالفقيه، أو المفتي، أو المتعلم الذي يرجع إليها لمعرفة الحكم الموجود للفروع، ويعتمد عليها بدلاً من الرجوع إلى الأبواب الفقهيّة المنفرقة.

3- تتصف القواعد الأصولية بالعموم والشمول لجميع فروعها، أما القواعد الفقهيّة فإنها، وإن كانت عامّة وشاملة، تكثر فيها الاستثناءات، وهذه الاستثناءات تشكل أحياناً قواعد مستقلة، أو قواعد فرعية، وهذا ما حدا بكثير من العلماء لعدّ القواعد الفقهيّة قواعد أغلبية، وأنه لا يجوز الفتوى بمقتضاها.

4- تتصف القواعد الأصولية بالثبات، فلا تتبدل ولا تتغير، أما القواعد الفقهيّة فليست ثابتة، وإنما تتغير- أحياناً- بتغير الأحكام المبنية على العرف، وسدّ الذرائع، والمصلحة المرسلّة وغيرها.

5- إنّ القواعد الأصولية تسبق الأحكام الفقهيّة، وأما القواعد الفقهيّة، فهي لاحقة، وتابعة لوجود الفقه، وأحكامه، وفروعه.

(1) ينظر: الزحيلي، محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهيّة وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر -

دمشق، ط1، 1427 هـ - 2006 م، ج1، ص27. والقرالة، أحمد ياسين القرالة، القواعد الفقهيّة وتطبيقاتها

الفقهيّة والقانونية، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط1، 1435 هـ- ج1، ص13-14.

المطلب الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهيّة والضابط الفقهي.

أولاً: معنى الضابط الفقهي.

الضابط لغة من: (ضَبَّ)، والضاد والباء والطاء أصل صحيح، والضبط لزوم الشيء،

وضبط الشيء حفظه بالحزم، والضبط الإتقان والإحكام، ورجل ضابط أي: حازم⁽¹⁾.

وأما اصطلاحاً: فالضابط: حكم أغلبي يتوصل من خلاله إلى معرفة أحكام الجزئيات الفقهيّة

المتعلقة بباب واحد من أبواب الفقه مباشرة.⁽²⁾

وبهذا يتضح أن الضابط يشترك مع القاعدة الفقهيّة في أن كلاً منهما يجمع جزئيات متعددة،

ويربط بينها برابط فقهي، غير أن الضابط: حكم أغلبي ينطبق على جزئيات كثيرة في باب

واحد، بينما القاعدة: قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها في أبواب متعددة من الفقه.⁽³⁾

ومن هنا فرّق العلماء بين القاعدة والضابط، ومختصر كلامهم ما قاله ابن نجيم -رحمه

الله-: "والفرق بين الضابط والقاعدة: أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتّى، والضابط يجمعها

من باب واحد"⁽⁴⁾، فالقاعدة تشمل فروعاً من أبواب متعددة من أبواب الفقه، أما الضابط فيشمل

فروعاً من باب واحد من أبواب الفقه.⁽⁵⁾

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج3، ص386، وابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق،

ج7، ص347، والفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ج1، ص357.

(2) ينظر: الندوي، علي، القواعد الفقهيّة، مطبعة المدني، القاهرة، ط1، 1991م، ص46

(3) شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهيّة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص23.

بتصرف يسير.

(4) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص177.

(5) ينظر: عبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح، القواعد والضوابط الفقهيّة المتضمنة للتيسير، عمادة البحث

العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423هـ-2003م، ص29.

وعليه: فإن القاعدة تختلف عن الضابط في عدة وجوه من أبرزها الآتي:

- 1- إن القواعد الفقهيّة لا تقتصر على باب واحد من أبواب الفقه الإسلامي، بل تشمل فروعاً فقهيّة من أبواب متعددة، بينما الضابط يختص بباب من أبواب الفقه، أي أن الضابط: يشمل فروعاً فقهيّة في باب واحد.⁽¹⁾
- 2- الضوابط الفقهيّة لا تقتصر على القضية الكلية، وأنما تشمل بالإضافة إليها علامة الشيء المميزة له، والتفاسيم، والشروط، والأسباب وغير ذلك، في حين أن القاعدة الفقهيّة تقتصر على القضية الكلية، وبذلك يكون الضابط أوسع من القاعدة.⁽²⁾
- 3- الضابط يضبط الأحكام التي تندرج تحته، أي: يحفظها بحيث يجمعها، ويمنع دخول غيرها معها، بينما القاعدة: هي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته، فالقاعدة: قضية كلية يدخل تحتها جزئيات كثيرة، وتحيط بالفروع، والمسائل من الأبواب المتفرقة.⁽³⁾
- 4- إن مساحة الاستثناءات الواردة على القواعد أوسع بكثير من مساحة الاستثناءات الواردة على الضوابط؛ وذلك لأنّ الضوابط الفقهيّة تضبط موضوعاً واحداً فلا تكثر فيها الاستثناءات.⁽⁴⁾

(1) ينظر: شبير، محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهيّة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق،

ص 23، وعبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهيّة المتضمنة للتيسير، مرجع سابق ص 24.

(2) شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهيّة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 23.

(3) الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهيّة وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 20.

(4) الندوي، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للحصري، مرجع سابق، ص 52 بتصرف يسير.

الفصل الأول:

القواعد الفقهيّة المتعلقة بالسّلم

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: القواعد الفقهيّة المذكورة في باب الوكالة في السّلم.

المبحث الثاني: القواعد الفقهيّة المذكورة في باب السّلم إذا كان فيه شرط خيار.

تمهيد:

سبق القول في بيان معنى القاعدة، أنّها قضية كلية، تتدرج تحتها مسائل فقهية فرعية، ويتعرف من خلالها على أحكام تلك المسائل، حيث يدخل تحت القاعدة الكلية، قواعد جزئية، ويدخل تحت القواعد الجزئية مسائل فقهية، فرعية، كثيرة ومتنوعة.

وقبل الشروع في بيان القواعد الفقهية المتعلقة بدراستي، لا بد من الإشارة إلى الجهود المبذولة من قبل الباحثين والمختصين، بعلم أصول الفقه وعلوم الشريعة عامة، في بيان الكم الهائل من القواعد التي تم استخراجها من بطون أمهات كتب تراث الفقه الإسلامي، تحت مسميات متعددة مثل: القواعد الفقهية، الأشباه والنظائر، الفروق، وغير ذلك، وكان من نتائج هذه الجهود؛ كشف الغطاء، وتسليط الأضواء على المؤلفات السابقة في القواعد الفقهية في تراث الفقه الإسلامي العظيم، الأمر الذي حدا ببعض الباحثين، إلى أفراد بعض القواعد بدراسة مستقلة، لشرحها وبيان معناها، وأدلتها الشرعية، وعرض أهم الفروع الفقهية التي تتدرج تحتها، مع دراسة شاملة وافية عن أهمية القواعد، ومدى الاعتماد عليها في الاستدلال، حيث قام بعض الباحثين باستقراء كتب الفقه في المذاهب لاستخراج القواعد الفقهية الموجودة فيها، والمبثوثة في جناباتها، وترتيبها، وشرحها، وبيان الفروع والأحكام الفقهية التي سبقت لأجلها، مثل القواعد الفقهية من كتاب "الأم" للإمام للشافعي، ومن كتاب: "المغني"، لابن قدامة، ومن كتاب: "بدائع الصنائع" للكاساني، ومن كتاب: "فتح القدير" للكمال بن الهمام، ومن كتاب: "المدونة" للإمام مالك، ومن كتابي: "زاد المعاد" و"إعلام الموقعين" لابن القيم، وغيرها الكثير.. (1)

(1) ينظر: الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج1، ص7.

ولقد بلغ الاهتمام بالقواعد الفقهيّة الذرّة، والقمة، بإنشاء معلمة القواعد الفقهيّة التي تبنّاها مجمع الفقه الإسلاميّ الدوليّ بجدة، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلاميّ، لجمع كل النشاطات السابقة في أكبر موسوعة. وعمل علميّ دوليّ للقواعد، مع تحرير نصوص القواعد، والألفاظ المختلفة للقاعدة، والاستدلال لها، وبيان تطبيقاتها الفقهيّة، والتمثيل لها بأمثلة عصريّة، وذكر المستنبات الفقهيّة لكل قاعدة من مختلف المذاهب، وبالاعتماد على الكتب الخاصة بالقواعد والأشباه والنظائر التراثيّة، ثم أمّهات كتب الفقه في المذاهب.⁽¹⁾

ولما كانت دراستي تختص ببيان القواعد الفقهيّة المتعلقة في البيوع من كتاب المبسوط، لشمس الأئمة "السرخسيّ" رحمه الله، والتي جاءت لتكون ثمرة يانعة من ثمرات هذه المعلمة، بعد أن يسّر الله عز وجلّ سبل الاطلاع عليها، ومعرفة الجهد العظيم المبذول من قبل العلماء في إعدادها، ففقت بجمع القواعد المتعلقة بدراستي، مرتبة على الأبواب الفقهيّة في كتاب البيوع، وقسمتها على فصول الدراسة، فكان الفصل الأول بعنوان: القواعد الفقهيّة المتعلقة بالسلم، والذي جاء في مبحثين وفق النحو الآتي:

(1) الزحيلي، القواعد الفقهيّة وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج1، ص7.

المبحث الأول: القواعد الفقهيّة المذكورة في باب الوكالة في السلم. (1)

المطلب الأول: قاعدة لا تأثير لجهالة الصفة في العقود المبنية على التوسع. (2)

• الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

هذه القاعدة من القواعد الخاصة بأحكام الجهالة في العقود، وهي من القواعد المتداولة

والمشهورة عند الحنفية خاصة، وإن وافقهم في بعض مسائلها سائر الفقهاء أيضا. (3)

(1) يعرف السلم عند الحنفية: أنه بيع أجل بعاجل، وركنه ركن البيع: (الإيجاب والقبول)؛ ويسمى صاحب الثمن رب السلم، والآخر المسلم إليه، والمبيع المسلم فيه. ينظر: الغنيمي، عبد الغني بن إبراهيم الغنيمي الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، ج2، 42. والعيني، بدر الدين العيني، البناء شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ، ج8، ص327، وابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دت، ج6، ص168.

(2) السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت، ط1، ت1421هـ - 2000م، باب الوكالة في السلم، ج12، ص210، وجدير ذكره: أن هذه القاعدة وردت بصيغ أخرى منها: 1- (ما كان مبناه على التوسع تحتل فيه الجهالة اليسيرة)، ينظر: الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط3، ت1426هـ - 2005م، ج2، ص244، 2- (الجهالة اليسيرة لا تؤثر في العقد المبني على التوسع)، ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج20، ص128، 3- (الجهالة في الصفة عفو في العقود المبنية على التوسع)، المرجع السابق، ج19، ص39.

(3) فرق الإمام مالك بين قاعدة: ما يجتنب فيه الغرر والجهالة، وهو باب المماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال، وما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو ما لا يقصد لذلك، فالأول لا يجوز مع الجهالة، والثاني يجوز مع

ومعنى هذه القاعدة: أن العقود التي تبني على التوسع والمساهلة، وهي التي لم تشرع في الأصل لتحصيل المال⁽¹⁾، مثل الوكالة والكفالة، وما كان فيه معاوضة مال بغير مال كالصلح⁽²⁾، لا تؤثر فيها الجهالة اليسيرة، كجهالة الصفة في المعقود عليه، ويعدّ الشيء معلوماً كأن لم تكن فيه جهالة أصلاً⁽³⁾، والمراد بالتوسع في هذه القاعدة: المساهلة والمسامحة، بخلاف المشاحة والضيق والمماكسة.⁽⁴⁾

ومع أن الأصل في العقود أنها لا تصحّ مع جهالة الجنس والنوع والصفة، لأنّ مثل هذه الجهالة الفاحشة تفضي إلى المنازعة بين المتعاقدين⁽⁵⁾، إلا أنّ ما بني منها على التوسع والمساهلة عُفرت فيه الجهالة اليسيرة كجهالة الصفة، لأنها يجري التسامح فيها فلا تكون مانعة

الجهالة اليسيرة، ينظر: القرافي، شهاب الدين بن إدريس، الفروق، عالم الكتب، د ط، د ت، ج 1، وعلل بعض الشافعية صحة العقد مع الجهالة بكونه مبنياً على التوسع والمساهلة، مثل قولهم: "الوصية مبنية على المساهلة، فتصح بالمجهول والنفس وغير ذلك"، النووي، محيي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير شاويش، المكتب الإسلامي، بيروت_دمشق، ط3، 1412هـ، ج5، ص331، ينظر: معلمة القواعد، مرجع سابق، ج16، ص615.

(1) السرخسيّ المبسوط، ج15، ص137.

(2) الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية _ بولاق، القاهرة، ط1، 1313هـ، ج5، ص103.

(3) مجموعة من المؤلفين، معلمة القواعد الفقهية، ج16، ص615.

(4) المرجع نفسه.

(5) ينظر: الموصلي، عبد الله بن محمود، الإختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي_القاهرة، دط، ت 1356هـ، ج3، ص107.

من التسليم والتسليم⁽¹⁾، بخلاف المعاوضات المالية؛ لأنّ مبنائها على المضايقة والمماكسة⁽²⁾، إذ المقصود الأساس منها تحصيل المال، مثل البيع والإجارة، فإنها تفسد بهذا القدر اليسير من الجهالة، كما نصّت على ذلك القاعدة الأخرى: "عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة"⁽³⁾.
وعليه: فهذه القاعدة بيّنت وجه الاختلاف بين العقود المبنية على التوسع والمسامحة، وبين العقود المبنية على المشاحة والمضايقة، فالأولى لا تضرّ فيها الجهالة اليسيرة، بل تعفى وتغفر، كأن لم تكن أصلاً، بينما الثانية يضرّ معها هذا القدر اليسير من الجهالة؛ لأنّ المقصود منها تحصيل المال كما تقدم.

والجهالة المقصودة في هذه القاعدة: هي الجهالة اليسيرة كجهالة الوصف⁽⁴⁾، مع العلم بالجنس والنوع، فإنها لا تضر ولا تؤثر في مثل هذه العقود، إذ الجهالة باعتبار جنس الشيء ونوعه وصفته نوعان: ⁽⁵⁾

(1) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج3، ص93.

(2) المرجع نفسه، ج5، ص155.

(3) المرجع نفسه، ج5، ص414.

(4) البابرّي، محمد بن محمود البابرّي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت، ج8، ص29.

(5) يذكر إن هناك تقسيماً آخر للجهالة، وهو تقسيمها باعتبار كمها ومقدارها، وهي تنقسم بهذا الاعتبار إلى: جهالة فاحشة، وهي الكثيرة التي لا تغفر في شيء من العقود، وجهالة يسيرة: وهي عفو في جميع العقود، وجهالة متوسطة، تختلف في أنظار الفقهاء: هل تلتحق باليسيرة أو الفاحشة، لكن هذا التقسيم ليس هو المراد في خصوص هذه القاعدة، وإن كان يجري في بعض العقود المبنية على التوسع مثل عقد الوكالة، ينظر: الموصلّي، الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج2، ص159. ومعلّمة القواعد الفقهية، ج16، ص616.

النوع الأول: جهالة متفاحشة ⁽¹⁾: وهي جهالة جنس الشيء أو نوعه كقوله: ثوبٌ أو دابةٌ أو دارٌ، فهي مانعة لصحة التسمية في العقود كلها ⁽²⁾، لأن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض، وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناساً، وكذلك الثوب فإنه يتناول الأطلس والكساء، والدار تشتمل على ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق، فكل لفظ يجمع أجناساً أو ما هو في معنى الأجناس، تكون فيه الجهالة فاحشة مانعة من صحة العقد. ⁽³⁾

النوع الثاني: جهالة يسيرة: وهي ما كان فيها الشيء معلوم النوع والجنس مجهول الصفة مثل قوله: فرسٌ أو سيارةٌ أو ثوبٌ هرويٌّ ⁽⁴⁾، فإن بين الجنس والنوع ولم يبين الوصف كالجودة والرداءة جازت التسمية. ⁽⁵⁾

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج19، ص38، و الكاساني، علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ، ج2، ص282.

(2) ابن مازة، برهان الدين بن أحمد، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت_لبنان، ط1، 1424هـ، ج4، ص93.

(3) ينظر، البابرّي، العناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج8، ص28-30.

(4) نسبة إلى بلدة هراة.

(5) ينظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج3، ص107، البابرّي، محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، د ط ، د ت، ج8، ص29، وابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، مرجع سابق، ج3، ص88، والزليعي، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص258.

ويدخل في هذا النوع من الجهالة جهالة الأجل والمدّة، وهي ما كان الاختلاف فيها في التقدم والتأخر⁽¹⁾، كوقت الحصاد والدياس⁽²⁾ والقطف، وقدم الحاجّ وإن كان الغالب في هذا النوع هو جهالة الصفة، فإن مثل هذه الجهالة في الأجل تعد جهالة يسيرة، لا تمنع صحة العقد، بخلاف الفاحشة فيه، وهي ما كانت في الوجود، إذ يكون الأجل مجهولاً كهبوب الريح، ونزول المطر⁽³⁾، وذلك لأنّ الجهالة المستدركة في الأجل نظير الجهالة المستدركة في البذل⁽⁴⁾.

(1) ينظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر- بيروت، ط2، 1412هـ، ج5، ص82، والسرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج19، ص173.

(2) الدياس: هو دوس الحبّ بالقدم ليتكسر، وأصله اللّواس بالواو لأنه من اللّوس وهو شدة وطء الشيء بالأقدام، قلبت الواو ياء للكسرة قبلها، ومنه الدائس: وهو الذي يدوس الطعام ويدقّه ليخرج الحبّ منه، ينظر: ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ، ج6، ص90، والزبيدي، محمد بن عبد الرزاق، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، دط، ج16، ص96.

(3) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص82.

(4) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج19، ص173، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ص254، والمرغيناني، علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي-بيروت، لبنان، دط، دت، ج3، ص50، والبابرتي، العناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج6، ص453.

• القواعد ذات العلاقة بهذه القاعدة :

وضع العلماء قواعد قريبة من قاعدة البحث، ومنها:

(1) جهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية في معاوضة مال بما ليس بمال⁽¹⁾.

(2) الكفالة عقد مبني على التوسع⁽²⁾.

(3) العيب اليسير فيما بني على التوسع غير معتبر⁽³⁾.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

(1) ابن مازة، المحيط البرهاني، مرجع سابق، ج5، ص257.

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج17، ص199، وج19، ص136.

(3) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، شرح السير الكبير، الشركة الشرقية للإعلانات، دط، ت1971هـ،

ج3، ص1087.

• الفرع الثاني: تأصيل القاعدة.

لما كانت القاعدة الفقهيّة عبارةً عن حكم فقهيّ بذاته، فإنّ مصادرُها هي مصادرُ الفقه بشكل عام⁽¹⁾، وعليه: فلا بدّ من تأصيل القاعدة الفقهيّة وربّها إلى أصلها أيّاً كان مصدر التّأصيل، ولا بأس هنا من الإشارة إلى مفهوم التّأصيل، وبيان المسالك التي درج عليها الفقهاء في تأصيل القواعد الفقهيّة على سبيل الإيجاز.

التأصيل لغة من: (أصل)، والهمزة والصاد واللام، ثلاثة أصول متباعد بعضها عن بعض، أحدها: أساس الشيء، والثاني: الحية، والثالث: ما كان من النهار بعد العشي⁽²⁾.
وأما اصطلاحاً: فالتأصيل بالمعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي وعليه: فإنّ تأصيل قواعد الفقه يعني: إيجاد الأسس والأدلة التي بنيت تلك القواعد عليها⁽³⁾.

وبناء على هذا فإنّ مسالك التّأصيل لقواعد الفقه تنقسم إلى قسمين⁽⁴⁾:

القسم الأول: التّأصيل بطريق النصوص الشرعيّة والآثار التي هي نصوص قواعد فقهيّة وهذا ينقسم إلى نوعين هما:

(1) القرالّة، القواعد الفقهيّة وتطبيقاتها الفقهيّة والقانونية، مرجع سابق، ص19.

(2) ابن فارس، أحمد بن فارس القزويني، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر - بيروت، 1399هـ، ج1، ص109.

(3) الغنميين، أسامة عدنان، الصوا، علي محمد، تأصيل القواعد الفقهيّة، مفهومه، مسالكه، مجلة دراسات الجامعة الأردنيّة، المجلد37، علوم الشريعة والقانون، العدد2، تشرين الثاني2010م، ذو القعدة1431.

(4) الغنميين والصوا، تأصيل القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، والقرالّة، القواعد الفقهيّة وتطبيقاتها الفقهيّة والقانونية، مرجع سابق، ص19.

النوع الأول: التأصيل بطريق النصوص الشرعية من كتاب وسنة نبوية صحيحة.

ومن الأمثلة على ذلك: قاعدة: " الأمور بمقاصدها والأعمال بالنيات"⁽¹⁾، فأصل هذه القاعدة قول النبي صلى الله عليه وسلم: ﴿ إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ أَمْرٍ مَا نَوَى، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَىٰ نُبْيَا يُصِيبُهَا، أَوْ إِلَىٰ أَمْرَةٍ يَكْحَهَا، فَهَجْرَتُهُ إِلَىٰ مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ﴾⁽²⁾.

النوع الثاني: التأصيل بطريق أقوال الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين.⁽³⁾

ومن أمثلة ذلك: قاعدة: مقاطع الحقوق عند الشروط، فأصل هذه القاعدة قول سيدنا عمر بن الخطاب _ رضي الله عنه _ : " مقاطع الحقوق عند الشروط"⁽⁴⁾.

القسم الثاني: التأصيل بطريق الاجتهاد، وهذا ينقسم إلى نوعين:

النوع الأول: التأصيل بطريق الاستنباط والتعليل من النصوص الشرعية.

ومن أمثلة ذلك: ⁽⁵⁾

(1) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ، ج1، ص8.

(2) البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع المسند الصحيح، تحقيق: محمد زهير ناصر، دار طوق النجاة،

ط1، 1422هـ، باب: كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله، ج1، ص6.

(3) المرجع نفسه.

(4) البخاري، الجامع المسند الصحيح، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب: الشروط في النكاح، ج7، ص20، حديث

رقم: (3523). البهوتي، شرع منتهي الإيرادات. ج2، ص659.

(5) ينظر: الغنمين والصوا، تأصيل القواعد الفقهية، مرجع سابق، والقرالة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية

والقانونية، مرجع سابق، ص20.

قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"⁽¹⁾، فالأصل في هذه القاعدة قول الله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ

بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ (البقرة: 185).

النوع الثاني: التأصيل بطريق الإستقراء.

ومن أمثلة ذلك: قاعدة: "يغتفر في الضرورة ما لا يغتفر في غيرها"⁽²⁾، فيمكن تأصيلها من خلال فروع كثيرة منها: أكل الميتة للمضطر، وشرب الخمر لمن شارف على الهلاك عطشاً.⁽³⁾

تأصيل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بالآتي⁽⁴⁾:

1_ ما جاء في حديث عروة البارقي رضي الله عنه { أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

«أَعْطَاهُ بَيْنَارًا يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً، فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بَيْنَارًا، وَجَاءَهُ

بَيْنَارٍ وَشَاةٍ فَدَعَا لَهُ بِالْبَيْكَةِ فِي بَيْعِهِ، وَكَانَ لَوْ اشْتَرَى التُّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ»⁽⁵⁾

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص160.

(2) الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله بن محمد الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت، ط3، 1412هـ - 1992م، ج4، ص207. والهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة

المحتاج شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، دط، ت 1357 هـ - 1983 م، ج1، ص467.

(3) الغنميين والصّوا، تأصيل القواعد الفقهية، مرجع سابق.

(4) ينظر: معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج6، ص618.

(5) البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع المسند الصحيح، مرجع سابق، كتاب: المناقب، باب، ج4، ص207،

حديث رقم: (3642).

ووجه الدلالة في الحديث: أنه لو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة التوكيل بالشراء، لما فعله رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -؛ لأنَّ جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الأضحية، وبقدر الثمن؛ ولأنَّ الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنَّ مبنى التوكيل على الفسحة والمسامحة، فالظاهر أنه لا تجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة، بخلاف البيع لأنَّ مبناه على المضايقة، والمماكسة لكونه معاوضة المال بالمال، فالجهالة فيه وإن قلت تفضي إلى المنازعة فتوجب فساد العقد⁽¹⁾، فدل ذلك على أن هذه الجهالة مغتفرة هنا، لأنَّ الجهالة في الصفة جهالة مستدركة، وذلك عفو في العقود المبنية على التوسع⁽²⁾، قياساً على الوكالة.

2_ من العقل: وذلك لأنَّ في اشتراط العلم بالصفة، وعدم الجهالة اليسيرة حرجاً ومشقةً، فلو اعتبرناه، لكان ما فرضناه توسعة، صار ضيقاً وحرجاً، وهذا مصادم لمقاصد الشريعة⁽³⁾.

3_ ولأنَّ الجهالة لا تبطل العقود لعينها، وإنما تبطل العقود لمعنى فيها وهو وقوع المنازعة، فإن كان مما يستغنى عن قبضه ولا تقع المنازعة فيه مع الجهالة اليسيرة⁽⁴⁾، كالعقود المبنية على التوسع صحَّ العقد، وإن انتفى احتمال وقوع النزاع انتفى حكم الجهالة؛ إذ الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج6، ص23.

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج19، ص39.

(3) ينظر: البابرّي، العناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج11، ص106.

(4) ينظر: الشلبي، شهاب الدين أحمد بن محمد، حاشية الشلبي على تبیین الحقائق، المطبعة الكبرى الأميرية -

بولاق، القاهرة، ط1، 1313هـ، ج5، ص32.

• الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

تُعدّ القواعد الفقهيّة ركيزةً تستند إليها العديد من الأحكام العمليّة؛ لأنّ القواعد المؤصلة حجة معتبرة في الاستدلال، ولذلك فقد بنى الفقهاء كثيراً من الفروع والتطبيقات على هذه القواعد.

ومن تطبيقات هذه القاعدة الآتي:

- 1- إذا دفع إليه عشرة دراهم وأمره أن يسلمها في ثوب لم تصح الوكالة، حتى يتبين الجنس لأن الثياب أجناس مختلفة، ومع جهالة الجنس لا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل فيبطل التوكيل، فإن سمي الموكل ثوباً هروياً أو غيره جاز؛ لأنّ الجنس صار معلوماً، وإنما بقيت الجهالة في الصفة، ولا تأثير لجهالة الصفة في العقود المبنية على التوسع، والوكالة بهذه الصفة⁽¹⁾.
- 2- إذا قال الرجل للرجل: بع هذا الشيء أو هذا، أو بع أحدهما، فأيهما باع جاز، استحساناً، لأنّ مبنى الوكالة على التوسع؛ إذ لا يتعلق اللزوم بنفسها، وهذه جهالة مستدركة؛ لا تقضي إلى المنازعة، فلا تمنع صحة التوكيل⁽²⁾.
- 3- ولو قال: وكلت هذا أو هذا ببيع هذا الشيء فباعه أحدهما جاز استحساناً؛ لأنّ هذه جهالة يسيرة، وهي تحتل فيما هو مبني على التوسع⁽³⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص210.

(2) المرجع نفسه، ص ج19، ص53.

(3) المرجع نفسه، ج19، ص55.

4- وإذا كان للدار شفيعان، فوكلاً رجلاً واحداً يأخذها لهما، فسَلِّم شفعة أحدهما عند القاضي وأخذها كلّها للآخر فهو جائز، وإن قال عند القاضي: قد سلّمت شفعة أحدهما، ولم يبيّن أيّهما هو، أو قال: إنّما أطلب شفعة الآخر لم يكن له ذلك، حتى يبيّن أيّهما سلّم نصيبه ولأيّهما يأخذ، أما تسليمه شفعة أحدهما له صحيح؛ لأنّ تسليم الشفعة إسقاط مبني على التوسع، فالجهالة المحصورة في مثله لا تمنع الصحة⁽¹⁾.

5- إذا أخذ الأرض مزارعة، ولم يبيّن الأمر ما يزرع فيها لم يجز، والتوكيل بدفعها مزارعة يجوز في هذا؛ لأنّ الوكالة مبنية على التوسع، وتسمية البديل في الوكالة ليس بشرط، والجهالة المستدركة لا تمنع صحتها⁽²⁾.

6- لو كفله بالنفس أو المال إلى الحصاد والديّاس⁽³⁾، أو نحوهما، فهي جائزة إلى الأجل الذي سمّي، لأن ما ذكر من الأجل وإن كان فيه نوع جهالة فهي جهالة مستدركة متقاربة، فإنّ الديّاس والحصاد يتقدمان في الحر، وتأخرهما بامتداد البرد، فتكون متقاربة، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الكفالة؛ لأنها مبنية على التوسع⁽⁴⁾.

7- نصت المادة (630) من مجلة الأحكام العدلية: "إن كان المكفول به نفساً يشترط أن يكون معلوماً، وإن كان مالاً لا يشترط، وبعبارة أخرى أن لا يكون شخصه مجهولاً جهالة فاحشة، أي أن الجهالة اليسيرة بالمكفول به في الكفالة النفسية لا تكون مانعاً من صحة الكفالة،

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج14، ص165.

(2) المرجع نفسه، ج19، ص136.

(3) سبق بيان معنى الديّاس، ينظر صفحة 28، هامش(3)

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج19، ص172.

وعليه فلو قال أحد: أنا كفيل بالشخص الفلاني أو بنفس الرجل الفلاني، صحّ ويعود إلى الكفيل بيان المكفول به⁽¹⁾.

8- ولو كان الحق لرجل واحد على رجلين، على كل واحد منهما ألف درهم، فقال: كفلت لك بمالك على فلان، فهذا جائز سواء كان المالان من جنس واحد أو من جنسين؛ لأنّ الجهالة هنا يسيرة مستدركة، وهي جهالة المكفول عنه، ومثل هذه الجهالة لا تؤثر في العقد المبني على التوسع، وهذا لأنّ الطالب معلوم، فتتوجه المطالبة من جهته على الكفيل، وإنّما بقي الخيار في حق الكفيل في أن يؤدي أيّ المالين شاء⁽²⁾.

(1) ينظر: حيدر، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، دت، ج1، ص756.

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج20، ص128.

المطلب الثاني: قاعدة ما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو.⁽¹⁾

من يُّسرُّ الشريعة الإسلامية وسماحتها، أنها لم تكلف العبد بما لا يطيق، فكان التكليف في حدود ما يستطيع المكلف فعله، من غير حرجٍ، أو ضيقٍ، أو مشقةٍ، ومن تطبيقات ذلك أن ما لا يمكن التحرز عنه، يجعل عفوًا للضرورة، ولذا؛ قَدَّ العلماء قواعد مندرجة تحت باب السهولة واليسر، منها قاعدة: " ما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو" والتي تعدّ من القواعد الفقهيّة، التي تجري في كافّة أبواب الفقه من عبادات ومعاملات وجنايات وغيرها، وتتفرع هذه القاعدة عن قواعد رفع الحرج والمشقة وجلب التيسير للمكلفين⁽²⁾، ومنها: (المشقة تجلب التيسير)⁽³⁾، و قاعدة: (الضرورات تبيح المحظورات)⁽⁴⁾، وقاعدة: (إذا ضاق الأمر اتسع)⁽⁵⁾، وغيرها من

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص205، جديرٌ نكره: أن هذه القاعدة وردت بصيغ أخرى منها: 1_ (كل ما شقّ الاحتراز منه يعفى عنه) ينظر: الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله بن محمد الطرابلسي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1412هـ، ج1، ص158. 2_ (ما لا يمكن التحفظ منه إلا بحرج فهو معفو عنه) ينظر: ابن حزم، أبو محمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت، ج1، ص169. 3_ (ما لا يستطاع الامتناع عنه يجعل عفوًا) ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج1، ص44، و ج6، ص113.

(2) ينظر: معلمة القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، ج7، ص225.

(3) السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ، ج1، ص49.

(4) المرجع نفسه.

(5) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ، ج1، ص83.

القواعد التي تدل على أنّ الطّاعة تكون بحسب المقدرة والطّاقة، وأنّ ما ليس في مقدور المكلف فعله أو ما شقّ الاحتراز عنه، سقط التكليف به.

• الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

وتعني القاعدة: أنّ الشرع يتسامح في القدر الذي يشقّ على المكلفين، من الأمور التي طلب منهم تركها وعدم التلبس بها؛ لكونها تفسد عباداتهم ومعاملاتهم، إلا أنّ هذه الأمور ليس في وسعهم التحفظ منها، أو الامتناع عنها إلا بخرج، وتحمل مشقة زائدة، فهي عفو ومتجاوز عنها، وساقطة الاعتبار شرعاً، ولا تترتب عليها أحكام في الدنيا، ولا يؤاخذ بها في الآخرة؛ لأنها خارجة عن حدود طاقتهم، والتكليف بما هو خارج عن حدود طاقة المكلف فيه حرج ومشقة وهما مرفوعان عنه⁽¹⁾.

ومنع التلبس بالشيء يأتي بمعنى تحريمه من حيث هو: كتحريم الزنا وشرب الخمر، ويأتي بمعنى اشتراط عدمه، أو زواله لصحة عبادة معينة أو تصرّف شرعيّ معيّن، مثل اشتراط زوال النجاسة لصحة الصلاة ونحوها من العبادات⁽²⁾.

وقد عرّف عن هذه المشقة الزائدة بعدم الإمكان، أي: ما لا يمكن الاحتراز عنه إلا مع ضيق وحرج ومشقة، والاحتراز: "من الحرز وهو الموضع الحصين، واحترّزت من كذا وتحرّزت: أي

(1) ينظر: الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج1، ص658 . ومعلمة

القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج7، ص225.

(2) عبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، مرجع سابق، ج1، ص381.

توقيتته".⁽¹⁾، فكل ما كان من هذا الباب مما لا يمكن التّوقي منه، واجتنبه إلا بهذا القدر من المشقة الزائدة فهو عفو، وقد يكون ذلك من أجل يسر ذلك القدر وقلّته، وعموم البلوى به، كالعفو عن قليل النجاسة، وقد يكون لأمر آخر ككون الشيء خارجاً عن طاقة المكلف ولو كان كثيراً، كجواز صلاة المستحاضة مع خروج الدم منها، وإن كان كثيراً، وهذا ما تقتضيه القاعدة بمنطوقها؛ لأن ما يجب الاحتراز عنه أصلاً هو المحرم، ولكن قد يدخل في معناها ترك القدر الذي لا يتمكن المكلف من فعله مما هو واجب أصلاً، ومثاله: سقوط استقبال القبلة في حالة شدة الخوف والنافلة في السفر، وسقوط وجوب استحضار النية في كل جزء من أجزاء العمل المفترق إلى النية - لعسر ذلك على المكلفين وخروجه عن طاقتهم - والاكتفاء في ذلك باستحضارها أول العمل⁽²⁾، وكما أن للقاعدة تطبيقات في باب العبادات، فإن لها تطبيقات في باب المعاملات، كجواز البيع مع ما يقع من يسير الغرر الذي لا يمكن التحرز منه، كما سيأتي في تطبيقات القاعدة.

إلا أن تحديد ما لا يمكن التحرز منه وضبطه، أو ما يشقّ على المكلف فعله، بمعايير معيّنة يكاد يكون متعذراً، لكونه أمراً نسبياً يتفاوت الناس فيه باختلاف حالهم، فلا بد من الرجوع فيه إلى كلّ حادثة بحسب ظروفها وأسبابها التي اتصلت بها، يقول الإمام الزركشي - رحمه الله -

(1) الجوهري، اسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار

العلم للملايين، بيروت، ط4، 1407هـ، باب: (حرز)، ج3، ص873.

(2) ينظر: الزركشي، بدر الدين بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2،

1405هـ، ج3، ص170، وعبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، مرجع سابق، ج1،

ص381.

:«والمشقة يختلف ضابطها باختلاف أعضائها»⁽¹⁾، وبذلك يكون الحكم بأن ما حصل يستطاع التحرز منه أم لا، مع اعتبار العادة المطردة في هذا التحديد⁽²⁾.

وقد نصّ الفقهاء على أنّ المعفو عنه هو ما لا يمكن الامتناع عنه عادة، وأما ما لا يمكن فلا، وبذلك أشار الإمام القرافي _ رحمه الله _ في قوله: " اعلم أنّ صاحب الشرع قد تسامح في جهالات في الشريعة فعفا عن مرتكبها، وأخذ بجهالات فلم يعف عن مرتكبها، وضابط ما يعفى عنه من الجهالات: الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادةً، وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشقّ، لم يُعَفَّ عنه"⁽³⁾.

وتمثّل القاعدة جانباً مهماً، ومظهراً بارزاً من مظاهر اليسر والسماحة، التي تميّزت بها هذه الشريعة عن غيرها من الشرائع السابقة، ويتجلّى فيها أصل عظيم من أصول هذا الدين الحنيف، وهو رفع الحرج عن المكلفين فيما لا يطيقونه ولا يستطيعون الاحتراز منه، لذا اتفقت جملة الفقهاء على مضمونها، فهم يعلّون هذه القاعدة والمسائل المتخرجة عنها برفع الضيق والحرج عن المكلفين، فمن ذلك مثلاً، قول الإمام الكاساني _ رحمه الله _: " كل فضل مشروط في البيع ربا سواء كان الفضل من حيث الذات، أو من حيث الأوصاف إلا ما لا يمكن التحرز عنه دفعاً

(1) الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج3، ص172.

(2) ينظر: البورنو، محمد صدقي بن أحمد، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، مؤسسة الرسالة، ط1، د ت، ج1، ص428.

(3) القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج2، ص150.

للحرج⁽¹⁾ وقول الإمام النووي: "والأصل أن بيع الغرر باطل أما ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه، كأساس الدار وشراء الحامل فهذا يصح بيعه بالإجماع."⁽²⁾

• قواعد ذات علاقة بهذه القاعدة:

وضع العلماء قواعد قريبة من قاعدة البحث، ومنها:

- 1) التكليف بحسب الوسع⁽³⁾.
- 2) ما عمت بليته خفت قضيته⁽⁴⁾.
- 3) كل شيء عو اجتنابه في العقود فإنّ الشرع يسمح في تحمله⁽⁵⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص187.

(2) النووي، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، د ط، د ت، ج9، ص258.

(3) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج1، ص122، والمرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج4، ص26.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج1، ص235.

(5) العزّ بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د ط، 1414هـ، ج2، ص90.

• الفرع الثاني: تأصيل القاعدة.

تعد جميع الأدلة العامة التي اندرجت تحتها قواعد دفع الحرج وجلب التيسير ومنها: (إذا ضاق الأمر اتسع) وقاعدة (المشقة تجلب التيسير)، أدلة لهذه القاعدة إذ هي متفرعة عن هذه القواعد كما تقدم، ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بالآتي⁽¹⁾:

(1) إن رسول الله صلى الله عليه وسلم، سئل عن نجاسة الهرة فقال: { إِنَّهَا ذِيئَتِ بَنَجَسٍ، إِنَّهَا مِنْ الطَّوَّافِينَ عَظِيمٍ وَالطَّوَّافَاتِ }⁽²⁾.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم، علل طهارة الهرة بمشقة الاحتراز، وذلك لكثرة طوافها، ودورانها في البيوت، وقوله عليه الصلاة والسلام: { مِنْ الطَّوَّافِينَ }، يعني

(1) ينظر: معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج7، ص227.

(2) أحمد، أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، ت1421 هـ - 2001 م، ج27، ص272، حديث رقم(22580). وقال شعيب الأرنؤوط: "حديث صحيح"، وأبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، دط، دت، عن كبشة بنت كعب بن مالك، كتاب الطهارة، باب سؤر الهرة، ج1، ص67، واللفظ له. والترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن الضحاك، السنن، تحقيق: أحمد شاکر وآخرون، مطبعة مصطفى البابي - مصر، ط1395، هـ2، حديث رقم(92)، ص153. والبيهقي، أحمد بن الحسين بن موسى الخراساني، السنن الكبرى، تحقيق: محمد الأعظمي، دار الخلفاء للكتاب الإسلامي - الكويت، ج1، ص245. وقال الألباني في تعليقه على سنن أبي داود: "حسن صحيح".

أنه لا يُستطاع الامتناع والتحرز منها. فهي تدخل البيوت وتخرج منها كيفما شاءت ولهذا يعفى عن النجاسة اليسيرة التي قد تحدث.⁽¹⁾

(2) أن امرأة سألت أم سلمة _ رضي الله عنها _ فقالت: "إني امرأة أطيل ذيلي، فأمشي في المكان القذر، فقالت: قال رسول الله صَلَّى الله عليه وسلّم: { يَطْهَرُهُ مَا بَعْدَهُ }"⁽²⁾.

وجه الدلالة في الحديث الشريف: أن النجاسة التي في الطرقات، لا يمكن الاحتراز منها مع التصرف الذي لابد منه للناس، فخفض أمرها إذا خفي عينها⁽³⁾، ومثل هذه الأحاديث

(1) ينظر: شيخ الإسلام، تقي الدين أبو العباس بن أبي القاسم الحراني، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ، ج1، ص414. والجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط، 1405هـ، ج5، ص192. بتصرف يسير.

(2) أبو داود، سنن أبي داود، مرجع سابق، ج1، ص104، حديث رقم(383). وابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية- فيصل البابي، ج1، ص177، حديث رقم(531). وصححه الألباني، ينظر: الألباني محمد ناصر الدين، صحيح أبي داود، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع- الكويت، ط1، ت1423 هـ - 2002 م، ج2، ص234، حديث رقم(409) وقال عنه: "حديث صحيح"

(3) الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد القرطبي، المنتقى، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر، ط1، 1332هـ، ج1، ص64.

والآثار وإن كانت خاصةً بالنجاسات، لكن يُستدل بها في كل ما أشبه ذلك مما يجمعه علة واحدة وهي المشقة⁽¹⁾.

(3) من الإجماع: فإنه لا يتصور الخلاف في عدم وقوع المشقة غير المألوفة، وعدم وجودها في التكاليف الشرعية، فإن ما ليس بوسع المرء اجتنابه أو يشقّ عليه الاحتراز منه، لا يؤاخذ به، لأن فيه حرجاً ومشقة، والحرج مرفوع شرعاً بالنص لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الْحَرَجِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (الحج: ٧٨)، وقوله تعالى أيضاً: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ (البقرة: 185)، وغيرها من الآيات الكريمة التي تدل على هذا المعنى.

والقاعدة إذ تعدّ فرعاً من فروع القاعدة الكبرى: (المشقة تجلب التيسير)، فإنه لا يتصور الخلاف في أصلها كما ذكرنا إذ تنبثق أدلتها من أدلة هذه القاعدة، والتي تعدّ أصلاً ثابتاً من أصول هذا الدين الحنيف، وقال الإمام ابن نجيم: "قال العلماء: تتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته"⁽²⁾.

(1) ينظر: آل سعدي، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله، بهجة قلوب الأبرار وقرّة عيون الأخيار في شرح جوامع الأخبار، تحقيق: عبد الكريم الدريني، ط1، 1422هـ، ج1، ص64. والزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج1، ص658.

(2) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص64.

وقد نقل الإمام الشاطبي هذا الإجماع في الموافقات عند الحديث عن الأحكام الخمسة حيث قال: "والثالث: الإجماع على أن تكليف ما لا يطاق غير واقع في الشريعة"⁽¹⁾، وقال -رحمه الله-: "إن الأدلة على رفع الحرج عن هذه الأمة بلغت مبلغ القطع..... وإذا فرضنا أن رفع الحرج في الدين مثلاً مفقود فيه صيغة عموم، فإننا نستفيد من نوازل متعددة خاصة مختلفة الجهات، متفقة في أصل رفع الحرج، كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء، والصلاة قاعداً عند مشقة طلب القيام...."⁽²⁾.

(1) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج1، ص237.

(2) المرجع نفسه، ج1، ص520. وج3، ص299.

الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

تنوعت تطبيقات هذه القاعدة والمسائل المتفرعة عنها، فشملت العديد من أبواب الفقه

المختلفة⁽¹⁾، ومن هذه التطبيقات، الآتي:

1 إن الموكّل في عقد السلم صار قابضاً بقبض الوكيل، لكنّ هذا القبض ممّا لا يمكن التحرز عنه؛ لأن الوكيل لا يتوصل إلى الحبس⁽²⁾ ما لم يقبض، ولا يمكن أن يقبض على وجه لا يصير الموكل به قابضاً، وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو، فلا يسقط به حقه في الحبس.⁽¹⁾

⁽¹⁾ معلوم أن هذه القاعدة اندرجت تحتها مسائل متعلّقة بباب العبادات: كأحكام الطهارة، والفروع المتعلقة بزوال النجاسة، كأن يعفى عن نجاسة المعذور التي تصيب ثيابه، ودم البراغيث والبق في الثوب، وطين الشوارع، وأثر نجاسة عُو زواله، وخره الطيور، وبول الخفاش، ونحو ذلك مما تعم به البلوى ويعسر الاحتراز عنه من النجاسات. ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص78. و ابن حزم، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج1، ص191.

وكذلك المسائل المتعلقة ببعض فروع العبادات، مثل: حديث النفس في الصلاة لا يشرع له السجود؛ لعدم المقدرة على الاحتراز منه وهو معفو عنه. ينظر: ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، د ط، د ت، ج2، ص24. وعلمة القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، ج7، ص228. وإذا دخل إلى حلق الصائم ما لا يمكن الاحتراز عنه، كالدخان والغبار والذباب، فإنه لا يفسد صومه استحساناً؛ لأنه لا يستطاع الامتناع منه، فإن الصائم لا يجد بداً من أن يفتح فمه فيتحدث مع الناس وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو؛ ولأنه مما لا يتغذى به فلا ينعدم به معنى الامساك، السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج3، ص93.

⁽²⁾ حبس الشيء: وقفه لا يباع ولا يورث، وإنما تملك غلته ومنفعته، والحبس المنع، ينظر: أبو حبيب، سعدي،

القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق-سوريه، ط1408، هـ2، ج1، ص75.

فدخول البيع في يد الوكيل على وجه لا يكون فيه ولاية الحبس، لا يمكن التحرز عنه، وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو⁽²⁾.

2 لو استأجر رحا ماء، بمتاعها، فانقطع الماء شهراً، فلا أجر عليه في ذلك الشهر، وإن قلّ الماء حتى أضرب به في الطحن، وهو يطحن مع ذلك، فإن كان ضرراً فاحشاً، فهو عيب فيما هو المقصود، فيتمكن لأجله من فسخ العقد، وإن لم يفسخ، كان الأجر واجباً عليه؛ لبقاء تمكنه من الانتفاع، ورضاه بالعيب، وإن كان غير فاحش، فالإجارة لازمة له؛ لأنه لما استأجر الرحا في الابتداء مع علمه أن الماء يزداد تارةً، وينقص أخرى، فقد صار راضياً بالنقصان اليسير، ولأن ما لم يمكن التحرز عنه عفو⁽³⁾.

3 لو قال: بعته برهن ثقة، فارتهن رهناً أقلّ منه بما يتغابن الناس فيه جاز، وإن كان أقلّ منه بما لا يتغابن الناس فيه لم يجز، لأنه قيد الارتهان هنا بأن يكون ثقةً، وهو عبارةٌ عما يكون في ماليته وفاءً بالدين فينتقيد به، إلا أن قدر ما يتغابن الناس فيه، لا يمكن التحرز عنه، فكان عفواً⁽⁴⁾.

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص205. وابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد،

فتح القدير، دار الفكر، د ط، د ت، ج8، ص39-40. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع

سابق، ج7، ص155. والزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج4، ص261.

(2) المرغيناني، البناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج9، ص243.

(3) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص16-17.

(4) المرجع نفسه، ج19، ص78. وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص523.

4) جواز بيع التمر الحديث بالعتيق، إذ الحديث إذا عُتِق لا يظهر فيه التفاوت إلا شيء يسير لا يمكن التحرز عنه، وذلك عفو، كالتراب في الحنطة⁽¹⁾.

5) ليس للصانع حق الحبس بالأجرة، إذا كان الأصل ملكاً للمستأجر⁽²⁾؛ لأنه صار مسلماً للمعقود عليه باتصاله بملكه، وهذا لأن المعقود عليه: الوصف الذي أحدثه بعمله، وقد اتصل ذلك بملك المستأجر باختيار العامل ورضاه، وبعد ما سلم المعقود عليه لا يكون له حق الحبس، ولكن هذا تسليم لا يمكن التحرز عنه؛ فإنه لا يُتصور منه إقامة العمل بدون أن يتصل، وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفواً، فلا يصير هو به راضياً بسقوط حقه في الحبس⁽³⁾.

6) تبطل شركة المفاوضة⁽⁴⁾، بين الشريكين إن اشترى بأحد المالين قياساً؛ لأن المشتري صار بينهما نصفين، والآخر مختص بملك رأس ماله، فتتعدم المساواة، وفي الاستحسان لا يبطل العقد، ووجه الاستحسان: أن ما لا يمكن التحرز عنه يُجعل عفواً، ولا يمكن التحرز عن هذا

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص186.

(2) أي: ليس للصانع حق حبس ما صنعه في أصل يعود ملكه لأحد ما، مقابل أجرة الصناعة، لأنه عندما أتم الصنع، فكأنما سلمه للمستأجر مالك الأصل، وهو يعرف ذلك، فإتمام الصنع في ملك من استأجره للصنع، هو في حكم تسليمه له، وبعد تسليمه لا يحق له حبسه مقابل الأجرة، ولكن لأن التسليم هنا لا يتمكن الاحتراز عنه؛ لأنه متصل بالملك، فإن الصانع لا يفقد حقه في الحبس فيمكن له الحبس، من طريق الدعوى القضائية، بأن يمنع المستأجر صاحب الملك من التصرف في ملكه على نحو يحدده القاضي.

(3) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج15، ص91-92.

(4) تعرف شركة المفاوضة عند الحنفية بإنها: أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما؛ لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة. المرغيناني، البناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج7، ص375.

التفاوت عادةً ، فقلماً يجدان شيئاً واحداً يشتريانه بمالهما، ولا بدّ من أن يكون الشراء بأحد المالين قبل الآخر، فيُجعل هذا عفواً لعدم إمكان التحرز عنه (1).

(7) جواز البيع مع ما قد يقع من يسير الغرر، الذي لا يمكن التحرز منه، كبيع الفستق والبندق والرمان، وسائر ما يباع في قشترته من الخضار والفواكه (2).

(8) إن أسواق المسلمين لا تخلو من المحرم والمسروق والمغصوب عادةً ، ومع ذلك يُباح التداول والمعاملة، اعتماداً على الظاهر الغالب؛ لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه، ولا يُستطاع الامتناع منه، فيسقط اعتباره دفعاً للحرَج، كقليل النجاسة، وقليل انكشاف العورة في الصلاة (3).

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج11، ص177.

(2) ينظر: العزّ بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مرجع سابق، ج2، ص11.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج8، ص545. والمرغيناني، البناية شرح الهداية،

مرجع سابق، ج4، ص270. ومعلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج7، ص230

المطلب الثالث: قاعدة الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه، إلا أن يقترن بعمله دليل يدل على أنه يعمل لغيره⁽¹⁾.

يقول الله تبارك وتعالى في كتابه العزيز: ﴿أَلَا نَزَرُ وَأَزْرُهُ وَزَرَ أُخْرَى﴾ (النجم: آية 38)، فهذه الآية الكريمة تُعد من أبرز القواعد المقاصدية التي انبنى عليها أصل ثابت من أصول الشريعة الإسلامية السمحاء، فكل من اكتسب من عمله الذي عمله لنفسه خطيئةً أو جنايةً أو ذنباً، أو حتى مصلحةً أو كسباً، جناه لنفسه، فلا يؤاخذ بكسبه وعمله، إلا هو، ولا يجوز تحميل غيره شيئاً مما كسب، فالإنسان لا يعاقب بجرم غيره، وتطبيقاً للآية الكريمة؛ قرر الفقهاء أن (من عمل لنفسه، فحقه ضمان بسببه لا يرجع به على أحد)⁽²⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص212.

وجدير ذكره: أن هذه القاعدة وردت بصيغ أخرى منها، قاعدة: "الأصل أن يكون كل أحد عاملاً لنفسه، ما لم يتم دليل على عمله لغيره"، ينظر: السرخسي، المبسوط، ج11، ص168. وقاعدة: "الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه، إلا إذا ثبت جعله لغيره"، ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج7، ص160. والمرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج3، ص141. و داماد أفندي(شيخي زاده)، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، د ط، د ت، ج2، ص232. وقاعدة: "الأصل كون عمل الإنسان لنفسه لا لغيره"، ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج6، ص201. و داماد أفندي(شيخي زاده)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مرجع سابق، ج1، ص307.

(2) ينظر: معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج6، ص495. بتصرف.

وبناء على ذلك، فإنّ الإنسان لا يكون له من عمل غيره، نصيب، إلا ما استثناه الشارع، فلا يعتدّ له إلا بما عمله بنفسه، أو تسبّب إليه باستتابة، أو نحوه⁽¹⁾، وسواء أكان الإنسان مباشراً للعمل بنفسه، أم بأمر غيره به؛ لأنّ من المقرر شرعاً أنّ (عمل الغير بأمره كعمله بنفسه)⁽²⁾

الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

تُعدّ هذه القاعدة من القواعد المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى (اليقين لا يزول بالشك)⁽³⁾، ومستند ذلك: أنّ كون الإنسان يعمل لنفسه، هو الأمر المتيقن الثابت، وما عداه مشكوك فيه، فلا ينتقل عنه، ما لم يثبت خلافه⁽⁴⁾.

فالمتعارف عند الناس أنّ الإنسان حينما يقوم بعمل ما، فإنّه يعمل لنفسه لا لغيره، لأنّ حاجة الإنسان مقدّمة على حاجة غيره، إلا إذا قام دليل يدلّ على أنّه يعمل لغيره، نائباً أو وكيلاً أو أجبيراً فإنّه يُعتبر ذلك، ويبني الحكم عليه⁽⁵⁾.

وعليه: فإنّ ما قرّرت هذه القاعدة المستمرة من كون الإنسان إنّما يعمل لنفسه إلا إذا قام الدليل على غير ذلك، فإنّه هو وحده المسؤول عمّا قام به من فعل، أو تصرف، فله أجره،

(1) البورنو موسوعة القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، ج2، ص92.

(2) السرخسي، المبسوط، ج17، ص73.

(3) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص47.

(4) معلمة القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، ج6، ص495.

(5) ينظر: البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، ج2، ص53.

وغنمه، وعليه جزاؤه، ووزره، وغرمه، وهذه القاعدة، وإن كانت متداولةً بصيغ متعددة، في مجال معين من مصادر الفقه الحنفي، وهو مجال المعاملات، والدعاوى، والنزاعات⁽¹⁾، إلا أن معناها، ومضمونها عام، متفق عليه بين جميع الفقهاء، وسائر العقلاء⁽²⁾، إذ تشهد لها أصول، وقواعد الشريعة الثابتة.

ومن القواعد الفقهية ذات العلاقة بهذه القاعدة:

- (1) اليقين لا يزول بالشك⁽³⁾.
- (2) من عمل لنفسه، فلحقه ضمان بسببه، لا يرجع به على أحد⁽⁴⁾.
- (3) الأصل المستقر، أن لا يعتد لأحد، إلا بما عمله أو تسبب إليه باستنابة أو نحوه⁽⁵⁾.

(1) ينظر: معلمة القواعد الفقهية، ج6، ص495.

(2) ينظر: القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج2، ص195. وعوده، عبد القادر، التشريع الجنائي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت، د ط، د ت، ج1، ص395.

(3) مجموعة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، ناشر: نور محمد كاراخانة تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، المادة(4)، ج1، ص16.

(4) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج11، ص81.

(5) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج2، ص92.

الفرع الثاني: تأصيل القاعدة.

يبقى القول: إن آيات التنزيل الحكيم، قرّرت هذا الأصل الثابت الذي انبنت عليه هذه القاعدة الفقهية، من أن كلّ إنسان، إنما يعمل لنفسه، وأنه لا يؤاخذ غيره بجريرة فعله، وهو كذلك لا يكون له نصيب من عمل غيره، إلا إذا قام الدليل على غير ذلك، وعليه: يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بالآتي⁽¹⁾:

1) قول الله تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ (البقرة: 286).

وجه الدلالة من الآية الكريمة: أنها تدل على أن كسب كلّ أحد، يختصّ به، فلا ينتفع به غيره، والاكْتَسَاب لا يكون إلا بما يكتسب الإنسان لنفسه خاصة، يقال: فلان كاسب لأهله⁽²⁾.

2) قول الله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ (النجم: 39).

وجه الدلالة: أن الآية دلّت بمنطوقها على أن الإنسان لا يكون له شيء بدون سعيه، ولا يكون له ما سعه غيره لنفسه⁽³⁾، كما دلّت بمفهومها أن كسب كلّ إنسان وعمله، إنما يكون له، لا لغيره⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ ينظر: معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج6، ص496.

⁽²⁾ ينظر: الرازي، أبو عبد الله فخر الدين الرازي، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420هـ، ج7، ص118.

⁽³⁾ العيني، محمود بن أحمد بن حسين بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط، د ت، ج10، ص48.

⁽⁴⁾ معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج6، ص496.

واستدل غير واحد من العلماء بهاتين الآيتين على القاعدة، فقد قال الإمام الكاساني رحمه الله، في مسألة تتعلّق بضمان اللفظة - : "ولأبي حنيفة - رحمه الله - وجهان: أحدهما.....، والثاني: أن عمل كل إنسان له، لا لغيره؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴾ (النجم: آية 39). وقوله تعالى: ﴿ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ﴾ البقرة: آية 286. (1)

(3) قول الله تعالى: ﴿ مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ. وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا ﴾ (فصلت: آية 46). فالآية تدلّ على أن كل إنسان يعمل لنفسه، وهو الذي يلاقي عاقبة عمله خيراً أو شراً (2).

• الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

برزت بعض تطبيقات هذه القاعدة في فروع المذهب الحنفي، في مجال المعاملات، والدعاوى والمنازعات، ولعلّ من أهم هذه التطبيقات فيما يتعلق بدراستي، الآتي:

1) إذا دفع إلى رجل عشرة دراهم؛ ليسلمها في طعام، فناول الوكيل رجلاً فبايعه، فإن أضاف العقد إلى دراهم الأمر كان العقد للأمر، وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان عاقداً لنفسه، لأن الظاهر يدلّ على ذلك، ولأن فعله محمول على ما يحمل، وفيما يعقد لنفسه، فلا يحلّ له إضافة العقد إلى دراهم غيره، وإن عقد السلم بعشرة مطلقاً، ثم نواها للأمر، فالعقد له، وإن لم تحضره نية، فإن دفع دراهم نفسه فالعقد له، وإن دفع دراهم الأمر، فهو للأمر في قول أبي يوسف وقال محمد: هو عاقد لنفسه، ما لم ينو عند العقد أنه للأمر، وإن تكاذبا في النية، فقال الأمر: نويته لي، وقال المأمور: نويته لنفسه فالطعام للذي

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص150، وج6، ص21.

(2) معظمة القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، ج6، ص496.

أعطى دراهمه بالاتفاق، فمحمد يقول: الأصل أن كلّ أحد يعمل لنفسه، إلا أن يقترن بعمله دليل يدلّ على أنه يعمل لغيره، وذلك بإضافة العقد إلى دراهم الغير، أو النية للغير، فإذا انعدم ذلك كان عاملاً لنفسه⁽¹⁾.

(2) إذا اشتركا شركة عنان⁽²⁾ بأموالهما، أو بوجههما، فاشترى أحدهما متاعاً، فقال الشريك الذي لم يشتره: هو من شركتنا، وقال المشتري: هو لي خاصة، وإنما اشتريته بمالي لنفسي قبل الشركة، فالقول قول المشتري؛ لأنّ الظاهر شاهد له، والأصل أن يكون كل أحد عاملاً لنفسه، ما لم يقد دليل على عمله لغيره⁽³⁾.

(3) إذا وهب الغاصب، الثوب المغصوب، لرجلٍ، فلبسه حتى تخرق، أو كان طعاماً فأكله، ثم جاء المغصوب منه، وضمن الموهوب له، فليس له أن يرجع بالضمان على الواهب، عندنا، لأنّ الموهوب له في القبض والأكل، عاملٌ لنفسه، ومن عمل لنفسه فلحقه ضمان بسببه لا يرجع به على أحد⁽⁴⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص212. وينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج7، ص160. والزيبي، أبو بكر بن علي بن محمد الزيبي، الجوهرة النيرة على مختصر القنوري، المطبعة الخيرية، ط1، 1322هـ، ج1، ص308. والبايرتي، العناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج8، ص49. والميداني، اللباب في شرح الكتاب، مرجع سابق، ج2، ص149.

(2) شركة العنان هي: أن يشترك رجلان بمالهما على أن يعملا فيهما، بأبدانهما، والريح بينهما، ينظر: المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مرجع سابق، ج5، ص343، وابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص124.

(3) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج11، ص168. وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج4، ص314.

(4) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج11، ص81.

4) إذا اشترى الفضولي شيئاً لغيره إلى نفسه كان المشتري له، سواء أوجدت الإجازة من الذي اشترى له أم لم توجد؛ لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره، وشراء الفضولي كسبه، حقيقة، فالأصل أن يكون له، إلا إذا جعله لغيره (1).

5) من النقططة ولم يُشهد عليها، ضمنها، عند الإمام أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الأصل أن كل متصرف عاقل، إنما يتصرف لنفسه، وقد اعترف بالأخذ الذي هو سبب الضمان، ثم ادعى مما يبرئه فلا يُصدق إلا ببينة (2).

(1) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج6، ص162. و الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص150.

(2) ينظر: المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج2، ص417. وابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج6، ص119.

المبحث الثاني

القواعد الفقهيّة المذكورة في باب السلم إذا كان فيه شرط خيار.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة: المفسد متى زال قبل تقّره جعل كأن لم يكن.

المطلب الثاني: قاعدة: الساقط متلاشيء لا يتصور عوده.

المطلب الثالث: قاعدة: تملك الدين من غير من عليه الدين

في سائر الديون، لا يجوز.

المطلب الأول: قاعدة: المفسد متى زال قبل تقررهِ جعل كأن لم يكن⁽¹⁾.

الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

تتناول القاعدة جانب الفساد في الأحكام الشرعية سواء أكان في العبادات أم المعاملات، والفساد المراد بالقاعدة: ما يقابل الصحة، فهو يشمل الباطل والفاسد. إلا أن فقهاء الحنفية أطلقوا لفظ الفساد على معنى تشريعي جديد، فاستعملوه للدلالة على حالة يعتون فيها العقد مختلاً في بعض نواحيه الفرعية اختلالاً يجعله في مرتبة بين الصحة والبطلان⁽²⁾.

فالفساد عندهم أعم من الباطل؛ لأن الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله، والباطل غير المشروع بواحد منهما⁽³⁾، فكل باطل فاسد وليس كل فاسد باطل؛ لأن الباطل مضمحل الأصل والوصف جميعاً، والفاسد مضمحل الوصف دون الأصل⁽⁴⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص143. وردت هذه القاعدة بصيغ أخرى مثل: 1- (المفسد إذا زال قبل تقررهِ يصير كأنه لم يكن)، المرجع نفسه، ج23، ص14. 2- (المفسد إذا سقط قبل تقررهِ فلا فساد)، ابن الجوزي، شمس الدين سبط أبي الفرج، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف، تحقيق: ناصر العلي، دار السلام، القاهرة، ط1، 1408هـ، ج1، ص309.

(2) الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ، ج2، ص729.

(3) ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج6، ص401. ولتمييز عدم مشروعية أصل العقد عن عدم مشروعية وصفه، ينظر إلى مقومات العقد الخمسة، وهي (العاقدان، المحل، الموضوع، والركن)، والركن هو الإيجاب والقبول المعبران عن التراضي أو ما يقوم مقامهما في هذا التعبير، فإذا كان النهي منصباً على أحد هذه المقومات ومؤثراً في صلوحها أفاد عدم المشروعية في أصل العقد فيبطل، وإذا كان منصباً على ناحية أخرى فرعية من العقد، وكانت مقوماته هذه كلها سليمة، فالعقد حينئذ مشروع الأصل غير مشروع الوصف، وهذا يستوجب الفساد لا البطلان، ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص729.

(4) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، مرجع سابق، ج4، ص44.

أما الجمهور، فالعقد عندهم بالنسبة إلى وجوده أو عدمه بين حالتين اثنتين: إما صحيح وهو المنعقد، وإما باطل أو فاسد وهو غير المنعقد، وذلك عندما يخالف العقد الأوامر والنواهي الشرعية في التعاقد، فالباطل والفساد عندهم مترادفان، فكل باطل فاسد وعكسه⁽¹⁾.

إلا أنهم يفرقون في بعض أبواب الفقه، كالحج والعمارة، والكتابة والخلع، ويختلف ذلك من مذهب لآخر⁽²⁾.

ولم يفرق الحنفية كذلك في العبادات بينهما، فالفساد والبطان في العبادات عندهم سيان، كالصلاة والصيام، والحج، وإيتاء الزكاة، فهي إما أن تكون صحيحة مبرئة لذمة المكلف، أو غير صحيحة فلا يسقط بها الواجب، وفي هذه الحالة يقال إنها فاسدة أو باطلة بمعنى واحد⁽³⁾.

وتعني القاعدة: أن المفسد إذا طرأ على عبادة من العبادات أو معاملة من المعاملات، ثم أزيل قبل أن يثبت أو يتقرر، فإنه يزول أثره، ويلحق بالعدم (أي كأن لم يكن موجوداً أصلاً)، فلا يبطل العمل به، ولا يلزم استئنافه من جديد، غير أن المفسد للعبادة لا تفيد إزالته إلا إذا وقع عن عذر شرعي معتبر، كالسهو أو الاضطرار، أو غيرها من الأعذار، ويختلف ذلك من عبادة إلى أخرى، أما إذا تعمد الفرد ارتكاب المفسد دون عذر شرعي فإن العبادة تبطل من أصلها، خلافاً

(1) ينظر: الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين بن بهادر، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتب العلمية-

بيروت، ط1، 1414هـ، ج2، ص25. والزرقي، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص730.

(2) الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، د ط،

د ت، ج4، ص479.

(3) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج2، ص394، و ج1، ص613.

للمعاملة فإنّ المفسد فيها يمكن إزالته وإن وقع عن عمد؛ لأنّ المقصود في العبادة الامتثال والطاعة، فلا بدّ من أدائها كما أمر الشارع بها، على أنّ صورة، دون مخالفة في ذاتها أو صفاتها، فإذا أداها العبد على خلاف ذلك، فإنه لا يكون ممثلاً لأمر الشارع، فلا تبراّ ذمته، لذا كان الفساد والبطلان في العبادات سيّان.

أما جانب المعاملات والعقود الماليّة، فمجالها تحقيق مصالح الناس، وتيسير معاملاتهم وشؤون حياتهم، لذا فإنّ آثار العقد تتوقف على وجود أركانه وشروطه، فإذا تحققت هذه الشروط والأركان، وجدت حقيقته، وثبت كيانه، إلاّ أنّه قد يكون مختلاً لفوات بعض أوصافه، وهذا ما سمّاه الحنفية بالفساد كما سبق، فنترتب عليه بعض الآثار تحقيقاً لمصالح العباد وتيسيراً لشؤونهم.⁽¹⁾

قال الإمام الشاطبي: "لما كانت العاديات في الغالب راجعةً إلى مصالح الدنيا، كان النظر فيها راجعاً إلى اعتبارين: أحدهما: من حيث هي أمورٌ مأذونٌ فيها أو مأمورٌ بها شرعاً، والثاني: من حيث هي راجعة إلى مصالح العباد. فأما الأول؛ فاعتبره قومٌ بإطلاق، وأهملوا النظر في جهة المصالح، وجعلوا مخالفة أمره مخالفةً لقصدّه بإطلاق - كالعبادات المحضّة - سواء، وكأنهم مالوا إلى جهة التعلّب، فمواجهة أمر الشارع بالمخالفة يقضي بالخروج في ذلك الفعل عن مقتضى خطابه، والخروج في الأعمال عن خطاب الشارع، يقضي بأنها غير مشروعة، وغير المشروع باطل. وأما الثاني: فاعتبره قومٌ أيضاً لا مع إهمال الأول، بل جعلوا الأمر منزلاً على اعتبار المصلحة، بمعنى أنّ المعنى الذي لأجله كان العمل باطلاً ينظر فيه، فإن كان حاصلًا أو في

⁽¹⁾ ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص733. بتصرف.

حكم الحاصل بحيث لا يمكن التلافي فيه، بطل العمل من أصله، وهو الأصل فيما نهى الشرع عنه، وإن لم يحصل، ولا كان في حكم الحاصل، لكن أمكن تلافيه، لم يحكم بإبطال ذلك العمل، كما في بيع الغاصب لا مغصوب، فهو موقوفٌ على إجازة المغصوب منه أو رده؛ لأن المنع إنما كان لحقه، فإذا أجازته جاز، ومثله: البيع والسلف منهى عنه، فإذا أسقط مشروط السلف شرطه جاز ما عقده، ومضى على بعض الأقوال، وقد يتلافى بإسقاط الشرط شرعاً، وعلى مقتضاه جرى الحنفية في تصحيح العقود الفاسدة، ككناح الشغار والدرهم بالدرهمين ونحوهما، إلى غير ذلك من العقود التي هي باطلة على وجه؛ فيزال ذلك الوجه فتمضي العقدة، فمعنى هذا الوجه أن نهى الشارع كان لأمر، فلما زال ذلك الأمر ارتفع النهي، فصار العقد موافقاً لقصد الشارع إما على حكم الانعطاف، إن قَررنا رجوع الصحة إلى العقد الأول، أو غير حكم الانعطاف إن قلنا: أ إن تصحيحه وقع الآن، لا قبل، بناءً على أن مصالح العباد مغدبةً على حكم التعبد⁽¹⁾.

ولا تكون إزالة المفسد ذات أثر، إلا إذا كان هذا الشيء قبل ثبوت المفسد وتقرره، حتى يصح العمل أو العقد، كما نصت على ذلك هذه القاعدة، فإن ثبت المفسد أو تقرّر لم يكن لإزالته فائدة لعدم ارتفاع الفساد بعد ذلك، يقول الإمام الكاساني: "الفساد بعد تقرّره لا يحتمل الزوال"⁽²⁾.

وتقرّر الفساد يكون بعدة أمور:

1- المضي في المفسد بعد ارتفاع العذر في العبادات؛ كمن ارتكب المفسد للعبادة جاهلاً بالحكم، أو بالمحكوم فيه أو ناسياً، ثم استمر عليه بعد العلم، كالذي اجتهد في معرفة القبلة وشرع في الصلاة ثم تبين الخطأ أثناء الصلاة، فعليه تصحيح الخطأ بالاستدارة إلى القبلة فور

(1) ينظر: الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج1، ص453-455.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص179.

علمه، والبناء على ما مضى من صلاته، وأما إذا شك ولم يتحرر وصدّى إلى جهة من الجهات فالأصل هو الفساد، فإذا ظهر أن الصواب في غير الجهة التي صلّى إليها إما بيقين أو بالتحريّ تقرّر الفساد، فلا يجوز المضيّ في المفسد بعد علمه بذلك، وإن مضى فيه، فسدت صلاته⁽¹⁾.

2- وبطول الفصل في الأعمال التي أمر الشارع بأدائها على نحوٍ متتابعٍ ومتصلٍ؛ كركعات الصلاة وأشواط الطواف، فإذا وقع فيها الفصل، أو التخلل لعارضٍ، ثم أزيل قبل تفاحشه، صحّ العمل لارتفاع المفسد؛ "لأنّ يسير الفصل: عفو"⁽²⁾؛ ويُرْجَع في تقدير اليسير إلى العرف، أمّا إذا طال الفصل فيتقرّر الفساد ويبطل العمل؛ كمن سلّم ساهياً قبل إتمام صلاته، فيجوز له أن يبني عليها مع قرب الفصل، فإن طال الفصل ابتداءً الصلاة⁽³⁾.

3- وبالقبض، فبقبض المعقود عليه في العقد الفاسد يتقرّر الفساد أحياناً⁽⁴⁾، وكذلك التصرف بما فيه انتفاع بعين المملوك، كأكل الطعام، ولبس الثوب، وسكنى الدار؛ لأنّ الثابت بهذا البيع

(1) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج1، ص119. و الحدادي، الجوهرة النيرة، مرجع سابق،

ج1، ص49. النووي، المجموع، مرجع سابق، ج3، ص207.

(2) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د ط، د ت، ج1، ص152. المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ، ج2، ص527.

(3) ينظر: النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج1، ص478. والدسوقي، حاشية الدسوقي على

الشرح الكبير، مرجع سابق، ج1، ص293. ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ج1، ص366.

(4) البابرّي، العناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج6، ص462.

ملك خبيث ، والخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع؛ لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به: تقرر له، وفيه تقرير الفساد⁽¹⁾.

4- وبمضي المدة في الأجل الفاسد والخيار الفاسد⁽²⁾ ، كأن يفسد العقد إذا تأجل الثمن إلى أجل مجهول جهالةً متقاربةً كالحصاد والدياس⁽³⁾ ، ثم أبطل المشتري الأجل قبل حلوله، أو نقد الثمن، انقلب العقد جائزاً، أما إذا مضت المدة المجهولة قبل إبطالها تأكد الفساد، وكذلك إن استأجر شيئاً على أنه بالخيار أكثر من ثلاثة أيام، فسدت الإجارة؛ لأن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم، والإجارة كسائر العقود، فهي بيع للمنفعة والخيار فيها مخالف لمقتضاها، فلا تجوز الزيادة على الثلاثة أيام، فإن زاد فسد البيع، استناداً إلى حديث حَبْنِ ابْنِ مَنْقَذٍ، فقد كان يُخَدَعُ فِي الْبَيْعِ، فقال له النبي صَلَّى اللهُ

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص304.

(2) لا يجوز الخيار عند الإمام أبي حنيفة وزفر والشافعية في البيع إلا ثلاثة أيام فما دونها، فإن زاد على ذلك كان فاسداً؛ وذلك لأن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم، أما عند أبي يوسف ومحمد من الحنفية، والحنابلة فيجوز شرط الخيار، إذا سُمِّيَ مدةً معلومةً ون طالته؛ لأن الخيار إنما شرع لحاجة التروي حتى يندفع الغبن، وقد تكون الحاجة لأكثر من ثلاثة أيام، أما المالكية فإن مدة الخيار تختلف عندهم باختلاف السلع، فإن القصد ما تُختبر فيه تلك السلعة، وهذا يختلف من سلعة إلى أخرى. ينظر: المرغيناني، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج6، ص299. و الزيلعي، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص14-15. النووي، المجموع، مرجع سابق، ج9، ص190. الخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة-بيروت، د ط، د ت، ج5، ص109. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، ط1، 1414هـ، ج2، ص37.

(3) سبق بيان معنى الدياس ينظر: 28، هامش(3)

عليه وسلّم-: { إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ }⁽¹⁾ (2)، وجعل له الخيار ثلاثاً فيما ابتاع، وعن أبي هريرة رضي الله عنه- أن النبي صلى الله عليه وسلّم قال: { مِنْ ابْتِاعَ شَاةً صَوَّاءً فَهُوَ فِيهَا بِأَدِّ خِيَارِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، إِنْ شَاءَ أَسَكَّهَا، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا، وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرِ }⁽³⁾، فلولا الحديث في الثلاثة أيام، ما جاز الخيار ساعة واحدة⁽⁴⁾، فإن أجاز العقد وأبطل خياره قبل اليوم الرابع، صحَّ العقد، أما إذا دخل اليوم الرابع، تقرر الفساد⁽⁵⁾.

5- التفريق عن المجلس قبل إزالة المفسد في العقود، ممَّا لا بد من توافره أثناء التعاقد، كشرط صحة العقد، مثل معلومية للعقود عليه وتعيينه، والقبض في العقود التي يشترط فيها التقابض في مجلس العقد كعقد الصرف، ونحو ذلك، فإن تفرق العاقدان من المجلس دون تحقق تلك الشروط فسد العقد، فاشتراط الأجل في عقد الصرف مثلاً يفسده؛ لأنه يمنع من تمام القبض، فإن تقابضا البديلين في المجلس قبل الافتراق صحَّ العقد، أما بعد الافتراق فيتقرر المفسد، ولا يمكن تصحيح العقد بإزالته⁽⁶⁾.

(1) أصلها (خَبَبٌ): الخاءُ واللامُ والباءُ أصولٌ ثلاثَةٌ، والخِلاَبَةُ الخِدَاعُ، يُقَالُ خَلَبَهُ بِمِطْطِهِ. ثُمَّ يُحَلَى عَلَى هَذَا وَيُشْتَقُّ مِنْهُ الْبُقُّ الْخُبَابُ: الَّذِي لَا مَاءَ مَعَهُ، وَكَأَنَّهُ يُخَدَعُ، كَمَا يُقَالُ لِلْسَّرَابِ خَادِعٌ. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج2، ص205، باب(خَبَبٌ).

(2) البخاري، الجامع المسند الصحيح، باب: (ما يكره في الخداع في البيع)، ج3، ص65، حديث رقم: (2117).

(3) مسلم، المسند الصحيح، باب: (حكم بيع المصرة)، ج3، ص1158، حديث رقم: (1524)

(4) ابن بطَّال، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، شرح صحيح البخاري، تحقيق: ياسر بن إبراهيم، مكتبة

الرشد، السعودية-الرياض، ط2، 1413هـ، ج6، ص236

(5) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج5، ص6 و ص303

(6) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص259. ومعلمة القواعد الفقهية،

مرجع سابق، ج8، ص368.

6- هلاك المعقود عليه أو استهلاكه؛ كما لو فسد البيع؛ لانعقاده بئمن مجهول، وتم القبض
ثم هلك المبيع في المجلس قبل العلم بالئمن، فإن الفساد يتقرر؛ لأن البيع بالهلاك خرج عن
احتمال الإجازة والرضا، إذ الإجازة تلحق القائم دون الهالك، فتقرر الفساد⁽¹⁾.

• قواعد ذات علاقة بهذه القاعدة:

وضع العلماء قواعد قريبة من قاعدة البحث، ومنها:

(1) ارتفاع المفسد في العقد الفاسد يردّه صحيحاً⁽²⁾.

(2) ما وقع فاسداً لا ينقلب صحيحاً⁽³⁾.

(3) " إذا زال المانع عاد الممنوع"⁽⁴⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص158.

(2) ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج6، ص422. و ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار وحاشية

ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص71.

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص370. والبهوتي، شرح منتهى

الإرادات، مرجع سابق، ج2، ص127.

(4) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص39، المادة:(24). والزرقا، مصطفى

أحمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم- دمشق، ط2، 1430هـ، ص191.

• الفرع الثاني: تأصيل القاعدة.

يستلّ لهذه القاعدة بأدلة من السنّة النبوية المشرفة، ومن تلك الأدلة ما يلي:

1) عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: { مَنْ نَسِيَ وَهُوَ صَائِمٌ فَأَكَلَ أَوْ شَرِبَ، فَلْيُتِمَّ صَوْمَهُ، فَإِنَّمَا أَطَعَهُ اللهُ وَسَقَاهُ }⁽¹⁾.

فالحديث يدل على أنّ من ارتكب المفسد ناسياً، لا يطلّ صومه إذا امتنع عنه بعد التذکر، أمّا إذا لم يمتنع بعد العلم بذلك، تقرّر الفساد وبطل الصوم.

2) عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلّى الله عليه وسلّم: { لَا تَصْرُؤُوا الْإِبِلَ وَالنَّعَمَ فَمَنْ أَبْدَعَهَا بَدُّ فَإِنَّهُ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَدُّ أَنْ يَحْتَلِبَهَا: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعٌ تَمْهِرٌ }⁽²⁾.

فدلّ قوله عليه الصلاة والسلام على صحة البيع عند زوال المفسد، وهو عدم الرضا، ولو كان البيع باطلاً أصلاً لردّه، ولم يخوّه بين الأمرين⁽³⁾.

(1) مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري، الصحيح الجامع، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، كتاب: الصيام، باب: أكل الناسى وشربه وجماعه لا يفطر، ج3، ص160، حديث رقم(2772).

(2) البخاري، الجامع المسند الصحيح، مرجع سابق، كتاب البيوع، باب: النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم، ج3، ص92، حديث رقم(2148).

(3) ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ج4، ص108 والنووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج12، ص341.

• الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

يعدّ جانب المعاملات الماليّة هو المجال الأوسع في تطبيق هذه القاعدة على فروعها

المختلفة، ومن تطبيقات هذه القاعدة الآتي:

(1) لا يجوز السّلم إذا كان فيه شرط خيارٍ؛ لأنّه يمنع تمام القبض؛ لكونه مانعاً من انعقاد العقد في حق الحكم، والافتراق في السّلم قبل تمام القبض مبطلٌ للعقد، ولو أسقط صاحب الخيار خياره قبل أن ينفرقا، فحينئذٍ ينقلب العقد صحيحاً، إذا كان رأس المال قائماً عند إسقاط الخيار؛ لأنّ المفسد متى زال قبل تفرقه جعل كأن لم يكن⁽¹⁾.

(2) إن شرط الخيار أربعة أيام مفسدٌ للبيع، فإن أسقط من له الخيار خياره قبل مجيء اليوم الرابع، صحّ العقد؛ وهذا لأن شرط الخيار غير مفسدٍ للعقد، وأما المفسد وصلّى الخيار في اليوم الرابع بالأيام الثلاثة، فإذا أسقط من له الخيار المدة قبل مضي الثلاث أو أجاز في الثلاث كان البيع جائزاً؛ لأنّ المفسد إذا زال قبل تفرقه يصير كأن لم يكن، أما إذا جاء اليوم الرابع قبل إسقاط الخيار فقد تفرّق المفسد باتصال جزءٍ من اليوم الرابع بالأيام الثلاثة على وجه لا يقبل الفصل؛ لأنّ عمل الإسقاط فيما بقي، لا فيما مضى، فلهذا ينقرر الفساد به⁽²⁾.

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص143. و ج13، ص6. والكاساني، بدائع الصنائع،

مرجع سابق، ج5، ص201. والزيلعي، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص117.

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص42. المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مرجع

سابق، ج3، ص29. والزيلعي، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص15.

3) إذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار، واشترط الخيار فيه يوماً، فإن بطل الخيار قبل أن يتفرقا جاز البيع، وإن تفرقا قبل أن يبطله، وقد تقابضا فالبيع فاسد؛ لأنهما تفرقا قبل تمام القبض، والخيار يمنع استحقاق القبض مادام باقياً، والقبض شرط لصحة الصّرف، فإذا أسقط الخيار في المجلس عاد البيع صحيحاً؛ لأنّ المفسد إذا زال قبل تفرقه يصير كأن لم يكن⁽¹⁾.

4) إذا كان المشتري شرط الخيار لنفسه ثلاثاً في الشراء فللشفيع الشفعة، لأنه صار مالكا للدار، ولو كان المشتري بالخيار أبداً، لم يكن للشفيع فيها الشفعة؛ لأنّ البيع فاسد، وفي البيع الفاسد، حق البائع في الاسترداد ثابت، وما لم ينقطع حق البائع في الاسترداد لا يجب للشفيع الشفعة، فإن أبطل المشتري خياره وأوجب البيع قبل مضيّ الأيام الثلاثة، وجبت الشفعة لزوال المفسد قبل تفرقه⁽²⁾.

5) إن شرط أن يرهنه بالثمن رهناً، فإن كان الرهن مجهولاً فالعقد فاسد؛ لأنّ قبول الرهن لا بدّ منه عند هذا الشرطوما يُشترط قبول العقد فيه لا بدّ أن يكون معلوماً، ولكن لو أوفاه الثمن، صحّ العقد؛ لأنّ المفسد قد زال قبل تقريره؛ لأنّ شرط الرهن الاستيفاء، وقد استوفاه حقيقة⁽³⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج14، ص23. ج3، ص29. والزيلعي، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص136.

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج14، ص143.

(3) المرجع نفسه، ج13، ص18-19.

المطلب الثاني: قاعدة: الساقط متلاشي لا يتصور عوده.⁽¹⁾

الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

تعدّ هذه القاعدة من القواعد الفقهيّة المنفرعة عن قاعدة: (الساقط⁽²⁾ لا يعود)⁽³⁾، والمقصود بقاعدة: "الساقط متلاشي لا يتصور عوده" أنه إذا أسقط شخص حقاً من الحقوق التي يجوز له إسقاطها، يسقط ذلك الحق، وبعد إسقاطه يصبح هذا الحق متلاشياً لا يتصور عوده.⁽⁴⁾

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص148. تجدر الإشارة إلى أن هذه القاعدة وردت بعدة صيغ منها: (الساقط لا يحتمل العود)، ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج1، ص71، والزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج2، ص404، ومنها: (الساقط لا يعود إلا بسبب جديد)، ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج41، صف403، وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج19، ص75. ومنها: (الساقط لا يعود كما أن المعلوم لا يعود)، الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، ج1، ص256، ومجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج1، ص21، المادة(51).

(2) المراد بالساقط هنا: الحكم الشرعي، أو التصرف الذي تم، والساقط صفة لموصوف محذوف هو الحكم أو التصرف، وإسقاطه يكون بفعل المكلف أو بالإسقاط الشرعي، ومعنى لا يعود: أي: يصبح كالمعوم لا سبيل لإعادته إلا بسبب جديد يعيد مثله لا عينه، ينظر: البورنو، محمد صدقي بن أحمد البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط4، ت1416 هـ - 1996 م، ج1، ص369.

(3) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص319، والحموي، غمز عيون البصائر، مرجع سابق، ج5، ص105، والبورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مرجع سابق، ج2، ص69، والزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، ج1، ص15.

(4) ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج8، ص58. بتصريف يسير.

أي: إن ما يقبل السقوط من الحقوق، إذا سقط منه شيء، بمسقط، فإنه لا يعود بعد سقوطه،
وبما أن المعدوم لا يعود، فالساقط أصبح معدوماً بعد سقوطه فلا يتصور عوده. (1)

وجدير ذكره: أن هنالك حقوقاً تقبل السقوط، وحقوقاً لا تقبل السقوط، بمعنى أن هناك حقوقاً
يجري فيها الإسقاط، وحقوقاً لا يجري فيها الإسقاط، فالحقوق التي يجري فيها الإسقاط هي حقوق
العبد، أما حقوق الله عز وجل فلا يمكن إسقاطها، ودليل ذلك: أن الحدود تطبق على مرتكبيها،
حتى وإن تنازل أصحابها عن حقوقهم، فالزانية والزاني يُطَق عليهما الحد، حتى وإن تنازل ولي
المرأة عن حقه، لأن الحدود حقوق لله تعالى، ولا يجوز التنازل عنها، وفي ذلك يقول ابن نجيم:
وأما حقوق الله تعالى فلا تقبل الإسقاط من العبد" (2).

وضابط ما يقبل السقوط من الحقوق وما لا يقبل: "هو أن كل ما كان حقاً، صاحبه عامل فيه
لنفسه، وكان قائماً حين الإسقاط خالصاً للمسقط أو غالباً، ولم يترتب على إسقاطه تغيير وضع
شرعي، وليس متعلقاً بتملك عين على وجه متأكد، يسقط بالإسقاط، وما لا، فلا" (3).

وعليه فالحق الذي يسقط بالإسقاط هو ما توافرت فيه صفات أربع هي: (4)

1) أن يكون الحق قائماً حين الإسقاط، فلا يصح إسقاط الحق قبل ثبوته، كإسقاط خيار

الرؤية قبل رؤية المعقود عليه، فإنه لا يسقط بالإسقاط قبل الرؤية؛ لأنه يثبت بعدها لا

(1) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج1، ص256، بتصرف يسير.

(2) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص273.

(3) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص267.

(4) المرجع نفسه، ج2، ص1029.

قبلها، وكذلك إسقاط حق الشفعة قبل البيع، فإنه لا يسقط لأنه إنما يثبت بعد البيع، وغير ذلك من الحقوق⁽¹⁾.

(2) أن لا يكون متعلقاً بملكية عين؛ فملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط، ولكن تقبل الانتقال من مالك لآخر بالطرق المقررة شرعاً، كما لو أسقط الوارث إرثه، حيث لا يسقط، كأن يقول: تركت حقي في الميراث أو برئت منه أو من حصتي، فلا يصح، وهو على حقه؛ لأن الإرث جبري لا يصح تركه، وإنما ينتقل إلى الورثة بموت الوارث⁽²⁾.

(3) أن تكون مصلحة صاحب الحق فيه خالصةً أو راجحة، كإسقاط المقذوف حقه في حد القذف، فإن حد القذف فيه حقان حق للعبد وحق لله، ولكن حق الله تعالى غالب فيه، فليس للمقذوف حق إسقاط حد القذف بعد ثبوته⁽³⁾.

(4) أن لا يترتب على إسقاط الحق نتيجة غير مشروعة، ومن ذلك حق مراجعة الزوجة، فهذا الحق أثبته الشرع وهو لا يسقط بالإسقاط⁽⁴⁾.

(1) القراءه، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، مرجع سابق، ص 396-397.

(2) ينظر: البرنوي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مرجع سابق، ج 2، ص 69

(3) القراءه، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص 398.

(4) المرجع نفسه، ص 399.

الفرع الثاني: تأصيل القاعدة.

يستدل لهذه القاعدة بأدلة من السنة النبوية المشرفة، ومن تلك الأدلة مايلي:

أولاً: ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه- قال: { خَرَجَ رَجُلَانِ فِي سَفَرٍ فَحَضَّتِ الصَّلَاةُ وَذَيْسَ مَعَهُمَا مَاءٌ فَتَيَمَّمَا صَعِيدًا طَيِّبًا، فَصَلَّيَا ثُمَّ وَجَدَا الْمَاءَ فِي الْوَقْتِ فَأَعَادَ أَحَدُهُمَا الصَّلَاةَ وَالْأُخْرَى وَوَضِعَ يَدَيْهِ الْآخَرَ، ثُمَّ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَ لَهُ فَقَالَ لِدُنِّي لَمْ يَدْءُ: " أَصَبْتَ السُّنَّةَ وَأَجْرَاتُكَ صَلَاتُكَ" وَقَالَ لِدُنِّي تَوَضَّأَ وَعَادَ: " لَكَ الْأَجْرُ مَرَّتَيْنِ" (1)

وجه الدلالة من الحديث الشريف: أن الصلاة سقطت عن المكلف وبرئت ذمته بالتيمم، فلم يعد الصلاة بعد وجود الماء، والمقصود هو إسقاط الفرض عن ذمته، وقد حصل بالبدل، فلا يعود إلى ذمته، بالقدرة على الأصل. (2)

ثانياً: ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث صفوان بن أمية -رضي الله عنه-، قال: { كُنْتُ نَائِمًا فِي الْمَسْجِدِ، عَلَى خَمِيصَةٍ لِي، ثُمَّهَا: ثَلَاثُونَ بَرَهًا، فَجَاءَ رَجُلٌ، فَأَخْتَلَسَهَا

(1) الحاكم، أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، دار الکتب العلمیة - بیروت، ط1، 1427 هـ، ج1، ص178، حدیث رقم(632). وقال عنه: " حدیث صحیح علی شرط الشیخین".

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج1، ص110-111.

مَنِّي، فَأَخَذَ الرَّجُلُ، فَأَتَى بِهِ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَمَرَ بِهِ لِيُقَطَعَ فَأَتَيْتُهُ فَقُلْتُ أَتَقَطَعُهُ مِنْ أَجْلِ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا أَيْبَعُهُ وَأَنْسِدُهُ ثُمَّهَا، قَالَ: فَهَلَا كَانَ هَذَا قَبْلِي أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ؟⁽¹⁾

وجه الدلالة من الحديث الشريف: أن صفوان رضي الله عنه - كان له التنازل عن حقه، ومسامحة السارق، لكن هذا الحق سقط شرعاً بعد بلوغ الحكم للإمام، ولا يمكن عوده بعد سقوطه، ودليل ذلك: أَنَّ قَرِيْبًا أَهَمَّتْهُمُ الْمَرْأَةُ الْمَخْرُومِيَّةُ الَّتِي سَرَقَتْ، فَقَالُوا: مَنْ يَكَلِّمُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَمَنْ يَجْتَرِئُ عَلَيْهِ إِلَّا أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ حِبُّ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَكَلَّمَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ أَتَشْفَعُ فِي حَدِّ مَنْ حُودِ اللَّهِ؟ ثُمَّ قَامَ فَخَطَبَ فَقَالَ: { يَا أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّمَا ضَلَّ مِنْ قَبْلِكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ الشَّرِيفُ تَرَكَوهُ، وَإِذَا سَرَقَ الضَّعِيفُ فِيهِمْ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ، وَإِيمَ اللَّهِ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ، لَقَطَعُوا مُحَمَّدًا بِهَا }⁽²⁾، فقد ذهب العلماء إلى أن الحد إذا بلغ الإمام فإنه يجب عليه إقامته، لأنه قد تعلَّق بذلك حق الله تعالى، ولا تجوز الشفاعة فيه، لإنكاره ذلك على أسامة، وذلك من أبلغ النهي، ثم قام صلى الله عليه وسلم خطيباً: فحذَّر أمته من الشفاعة في الحدود إذا بلغت إلى الإمام⁽³⁾. ولهذا لم يقبل النبي صلى الله عليه وسلم، طلب صفوان رضي الله عنه -، لأنَّ حقه في الشفاعة قد سقط، والساقط لا يتصور عوده.

(1) أبو داود، سنن أبي داود، مرجع سابق، ج4، ص240، حديث رقم: (4396) وصححه الألباني، ينظر: الألباني، صحيح سنن أبي داود، مرجع سابق، ج9، ص394، حديث رقم: (4394). وقال عنه: "حديث صحيح".

(2) البخاري، الجامع المسند الصحيح، مرجع سابق، باب: (حديث الغار)، ج4، ص175، حديث رقم: (3475).

(3) ابن بطَّال، شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ج8، ص408.

الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

تفرعت تطبيقات هذه القاعدة في أبواب الفقه المختلفة، والذي يهم هذه الدراسة ما كان في باب

المعاملات، وأذكر منها الآتي:

(1) إنلقت بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه، وتقرر في رأس المال، فلا يجوز أن يعود حقه

بعد ذلك في المسلم فيه إذ لا يجوز أن يعود حقه فيما كان ساقطاً؛ لأن الساقط متلاشي،

كما في الإقالة⁽¹⁾.

(2) لو وصف المبيع للأعمى فاشتراه، ثم أبصر، فليس له الخيار في العودة عنه، لأن خياره سقط

بالوصف، والساقط متلاشي لا يعود إلا بسبب جديد.⁽²⁾

(3) لو أسلم عشرة دراهم في كَر حنطة ثم تقايلا⁽³⁾، ثم اختلفا في الثمن، لا يتحالفان، والقول قول

المسلم إليه، ولا يعود السلم، لأن فائدة التحالف الفسخ، والإقالة في باب السلم لا تحتمله لكونه

فيه إسقاط المسلم فيه، وهو دين، والدين الساقط متلاشي لا يتصور عوده⁽⁴⁾

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص148.

(2) ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج6، ص350. وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار،

مرجع سابق، ج4، ص600. وابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج6، ص35. بتصرف

يسير.

(3) التقايل هو: فسخ البيع بعد العقد. يقال: أقاله البيع إقالة، وهو فسخة، واستقاله البيع فأقاله إياه، ينظر: الرازي،

محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، ط2،

ت1415هـ - 1995م، باب القاف، ج1، ص560.

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص158. والبايرتي، العناية شرح الهداية، مرجع

سابق، ج11، ص332. بتصرف يسير. وينظر: الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج12،

ص433.

4) إذا وهب الدائن الدين للمدين، فليس له الرجوع بعد ذلك، لأن هبة الدين للمدين إبراء. وعليه

إذا وهب الدائن الدين للمدين منجزاً، فليس للواهب الرجوع ما لم تردّ هذه الهبة من جانب

المدين، لأن هذه الهبة إسقاط، والساقط متلاشي لا يعود⁽¹⁾

5) من اشترى شيئاً قبل أن يراه، فباعه، أو رهنه، أو أجره، سقط خياره، فلو حكم عليه بالردّ بخيار

العيب، أو انقضت مدة الإجارة، لا يعود خياره؛ لأن الساقط لا يعود، وهكذا كل خيار إذا سقط

بمسقطه الشرعي، سواء أكان في بيع أم شفعة أم غيرها لا يعود بالسقوط.⁽²⁾

6) نصت المادة (51) من مجلة الأحكام العدلية، على أنه لو كان لشخص على آخر دين،

فأسقطه عن المدين، ثم بدا له رأي، فندم على إسقاطه الدين عن ذلك الرجل، فلأنه أسقط

الدين، وهو من الحقوق التي يحق له أن يسقطها، فلا يجوز له أن يرجع إلى المدين، ويطالبه

بالدين، لأن ذمته برأت من الدين بإسقاط الدائن حقه فيه.⁽³⁾

(1) ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج6، ص210.

(2) ينظر: البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مرجع سابق، ج2، ص69

(3) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج8، ص58.

المطلب الثالث: قاعدة: تملك الدين، من غير من عليه الدين، في سائر الديون، لا يجوز⁽¹⁾.

• الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

تعد القاعدة واحدة من قواعد ثبوت الملك وإثباته، وهي تتحدث بشكل خاص عن تملك الدين من غير من عليه الدين، ويشمل التملك ما كان بعوض، كالبيع والإجارة، كما يشمل ما ليس بعوض، كالهبة والوقف والهدية وغير ذلك.

وقد أطلق الفقهاء لفظ الدين إجمالاً في مقابلة العين، فالعين: هي الشيء المعين المشخص، كبيت وحصان وكرسى⁽²⁾، والدين: ما ثبت في النمة من غير أن يكون معيناً أو مشخصاً، سواء

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص146. جدير ذكره أن هذه القاعدة وردت بصيغ أخرى منها:

1- (تملك الدين من غير من عليه الدين باطل، إلا إذا سُدَّته على قبضه)، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص223.

2- (تملك الدين من غير من عليه الدين لا يُتصور)، ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج7، ص245.

3- (الدين لا يملك لغير من عليه الدين)، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج3، ص347.

(2) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص129، المادة: (159).

أكان نقداً أم غيره⁽¹⁾. وأما من ناحية موضوع الدين - أي بالنظر إلى أسباب وجوب الدين - فقد استعمل الفقهاء لفظ الدين بمعنيين، أحدهما أعم من الآخر⁽²⁾:

فالمعنى العام: يشمل كل ما ثبت في النّمة من الحقوق المألّية وغيرها من الحقوق، فيدخل في الدين سائر الطاعات من صلاةٍ وصيامٍ ونذرٍ، وغير ذلك من حقوق الله، التي تثبت في النّمة ولا مطالب لها من جهة العباد، كالنذور والكفّارات، وصدقة الفطر والحج والصوم الذي لم يؤد، والصلاة التي خرج وقتها ولم تؤدّ، وكذلك حقوق العباد، من زكاةٍ أو قرضٍ أو صدقٍ، أو عوض خلع⁽³⁾.

وأما المعنى الخاص: فالدين يطلق بهذا المعنى على ما كان خاصاً بالأموال فقط، فهو: "ما وجب في النّمة بعقدٍ أو استهلاكٍ، وما صار في ذمته ديناً باستقراضه"⁽⁴⁾.

وعرفه الحنفية: "بأنه عبارة عن مال حكمي يحدث في النّمة ببيعٍ أو استهلاكٍ أو غيرهما"⁽⁵⁾.

(1) المرجع نفسه، ص128، المادة: (158).

(2) ينظر: حمّاد، نزيه حمّاد، دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ص10-15 . و معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج14، ص21.

(3) ينظر: العثيمين، محمد بن صالح بن محمد، الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوزي، ط1، 1422هـ، ج5، ص303.

(4) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص157.

(5) الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني، أبو البقاء الحنفي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط1، دت، ج1، ص444.

وتعني القاعدة⁽¹⁾: أنه إذا كان لشخص في ذمة شخص آخر دين، فلا يجوز تملكه لغير من عليه الدين (المدين) سواء أكان هذا التملك بعوض كالبيع، أم بغير عوض كالهبة، إذ القاعدة أن: "المبادلة بالدين من غير من عليه الدين لا تصح"⁽²⁾؛ لأنه تملك مالا يقدر على تسليمه، "والدين لا يملك إلا بقبضه"⁽³⁾، وما دام في الذمة فهو غير مملوك حقيقةً، ولا يتصور قبضه، ومن ثم لا يقدر مملكه على تسليمه لمن ملكه إياه؛ لأنه وصف في الذمة، "والوصف عرض لا يقبل التملك"⁽⁴⁾، وشرط جواز العقد القدرة على التسليم.

والدين في الذمة يعدّ مالا قابلاً للتملك حكماً، إلا أنه لا يقبل التملك لغير من هو عليه لما سبق، يقول الإمام السرخسي رحمه الله: "الدين في الذمة يقبل التملك بالعقد، فإنه لو باعه ممن عليه الدين بعوض: جاز ولو، وهبه منه: جاز، فعرفنا أنه مال قابل للتملك حكماً"⁽⁵⁾.

(1) ينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص223. والحموي، أحمد بن محمد مكي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1405هـ، ج3، ص88. و ابن عابدين، ردالمحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص519. ومعلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج14، ص23.

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج20، ص5.

(3) الرحيباني، مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2، 1415هـ، ج3، ص234.

(4) شَيْخِي زَادَهُ، مجمع الأنهر، مرجع سابق، ج3، ص317.

(5) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص70.

وقال الكاساني -رحمه الله-: " العين قابل للتملك من جميع الناس، والدَّين لا يقبل التملك لغير من عليه الدَّين"⁽¹⁾.

وأفادت القاعدة بمفهوم المخالفة: أنه يصحّ تملك الدَّين مَن عليه الدَّين، كما لو وهب غريم الميت الدَّين، مَن ورأه، وقد استثنى الحنفية من بطلان تملك الدين من غير من عليه الدين ثلاث صور⁽²⁾: الأولى: إذا سلَّطه على قبضه، فيكون وكيلًا قابضاً للمولى ثم لنفسه، والثانية: الحوالة، والثالثة: الوصية؛ لأنهما بغير عوض، ولا مقابل؛ " ولأن من وقع الدَّين في نصيبه يكون متملكاً على أصحابه نصيبهم من الدَّين بعوض"⁽³⁾، وتملك الدين من غير من عليه الدَّين، بعوض لا يجوز⁽⁴⁾.

وعدم جواز تملك الدَّين لغير من هو عليه، بعوضٍ أو بغير عوض، هو رأي الجمهور من الحنفية⁽⁵⁾، والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ على الأظهر عندهم، وأما المالكية فقالوا: بجواز بيع الدَّين

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج2، ص43.

(2) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص152-153.

(3) السرخسي، المبسوط، ج15، ص69.

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3، ص63.

(5) السرخسي، المبسوط، ج15، ص69.

(6) ينظر: الرفاعي، عبد الكريم بن محمد القزويني، الشرح الكبير، دار الفكر، د ط، د ت، ج8، ص243. و

النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج3، ص514.

(7) الرحيباني، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج3، ص243.

لغير من عليه الدَّين، بشروط تباعد بينه وبين الغرر، كأن يعجّل المشتري الثمن، ويكون المدين حاضراً في البلد، ليعلم فقره من غناه، وأن يكون مقراً بالدَّين، وغير ذلك من الشروط⁽¹⁾.

• قواعد ذات علاقة بهذه القاعدة:

ذكر الفقهاء قواعد قريبة من هذه القاعدة، ومنها:

(1) تمليك الدَّين من غير من عليه الدَّين بعوضٍ لا يجوز⁽²⁾.

(2) المبادلة بالدَّين من غير من عليه الدَّين لا تصح⁽³⁾.

• الفرع الثاني: تأصيل القاعدة.

يمكن الاستدلال لهذه القاعدة بأدلة منها:

1- حديث أبي سعيد الخدري، قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: { مَنْ أَسْلَفَ فِي

شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَّا إِلَى غَيْرِهِ }⁽⁴⁾.

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3، ص63.

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج15، ص69.

(3) المرجع نفسه، ج20، ص5.

(4) أبو داود، سنن أبي داود، مرجع سابق، ج3، ص293، حديث رقم(3471) والبيهقي، السنن الكبرى، مرجع

سابق، ج6، ص30، حديث رقم(3593) (هذا الحديث ضعفه الألباني وليس لهم دليل غيره)

أورد الإمام البيهقي الحديث في باب: "من سلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره ولا يبيعه حتى يقبضه"⁽¹⁾ وفيه نهي عن بيع الطعام قبل أن يُستوفى، فالمسلم فيه دين ولا يجوز بيعه لغير المدين قبل قبضه"⁽²⁾، لأن تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز.

2- عن حكيم بن حزام قال: سألت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: يا رسول الله، يأتيني الرجل، فيسألني السبع ذيس عدي ما يبيعُهُ منه، تُهَيِّأُهُ لَهُ مِنَ السُّوقِ، قَالَ: لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ⁽³⁾.

وفي الحديث دلالة واضحة على عدم صحة تملك الدين بعوض؛ لعدم القدرة على تسليمه، لما يترتب على ذلك من الغرر، الذي يفضي إلى المنازعة.

والحديث يتناول الدين والعين كما ذكر -شيخ الإسلام- ابن تيمية حيث قال: "من الناس من يجعل الحديث متناولاً للدين والعين، ومنهم من يحمله على الملك واليد جميعاً، أو يشترط في

(1) البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، ج6، ص50.

(2) إلا أن مجمع الفقه الإسلامي أجاز السلم الموازي: وهو اصطلاح حادث المراد به-كما جاء في مخطط المجمع- استخدام صفتي سلم متوافقتين دون ربط بينهما، إذ لا تتحقق فيه علة دخول بيع المسلم فيه قبل قبضه، في ربح ما لم يضمن المنهي عنه؛ لأن المسلم فيه دين في ذمة المسلم إليه، فهو في ضمانه، و لا يؤثر في هذا نية المسلم إليه في أن يؤدي هذا الدين من السلم الأول، وهذا شبيه بالمزارع الذي يبيع سلماً في ذمته، من غير أن يربطه بمحصول أرضه، وفي نيته أن يوفي من محصوله. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجده- في دورته التاسعة، ج9، ص282، وص 478.

(3) النسائي، سنن النسائي، مرجع سابق، ج4، ص69، حديث رقم(6206). وصححه الألباني، ينظر: الألباني، صحيح سنن النسائي، ج10، ص185، حديث رقم(4613) وقال عنه "حديث صحيح".

المبيع أن يكون مملوكاً مقبوضاً، فلا يجوز بيع المملوك الذي لا يتمكّن من تسليمه، وهو من بيع الغرر، وهذا حجة من منع بيع الدّين ممن ليس عليه؛ لأنه غررٌ ليس بمقبوض⁽¹⁾.

وأما التملك بغير عوضٍ فالحكم فيه المنع كذلك؛ لأنّ الدّين وإن كان مالاً مملوكاً أيضاً لكنّه مالٌ لا يحتمل القبض؛ لأنّه ليس بمال حقيقةً بل هو مال حكمي في الذّمة وما في الذّمة لا يمكن قبضه، فلم يكن مالاً مملوكاً رقبةً، وبداءً⁽²⁾.

• الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

تتخصر تطبيقات القاعدة في المسائل التي يكون فيها العوض أو رأس المال ديناً في النّمة، إذ لا يجوز تملكه من غير من عليه الدّين، ومن هذه التطبيقات الآتي:

1) لو أن رجلاً وهب لرجلٍ ديناراً له على رجلٍ، وأمره بقبضه، لا يجوز؛ لأنّ الدّين ليس بمال، والهبة عقد مشروعٌ لتمليك المال، فإذا أضيف إلى ما ليس بمالٍ، لا يصحّ باعتبار مآله، كما لو وهب مسلم خمرًا من مسلم، لا يصحّ باعتبار مآله، وهو التحلل، والدليل عليه: أن بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز؛ لأنه عقد مشروع لتمليك المال، فالهبة مثله أو أولى؛ لأنّ الهبة لا تتم إلا بالقبض، وقبض ما في ذمة الغير لا يُتصوّر، ولا وجه لتصحّحه إذا

(1) ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد-المدينة المنورة، 1416هـ، ج29، ص403.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج2، ص10.

قبضه؛ لأنّ تمام عقد الهبة بقبض ما أضيف إليه العقد إلى الدين، والمقبوض عين، والعين غير الدين (1).

(2) نصّت المادة (1341) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: (يشترط أن يكون رأس مال الشركة عيناً، ولا يكون ديناً أي لا يكون المطلوب من ذمم الناس، رأس مال للشركة، فليس لاثنين أن يتخذا دينهما الذي في ذمة آخر، رأس مال للشركة فيعقدوا عليه الشركة، وإذا كان رأس مال أحدهما عيناً والآخر ديناً، فلا تصح الشركة أيضاً)، لأنّه لا يمكن بالدين شراء المال وبيعه، والريح من ذلك، أي لا يمكن إجراء مقتضى الشركة؛ لأنّ الدين لا يملك لغير من عليه الدين، فلا يمكن أن يشتري مالاً من عمرو، مقابل الدين المطلوب من زيد مثلاً (2).

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص70، اختلف العلماء: فيما إذا وهب رجل ديناً على رجل، فقال مالك: يجوز إذا سلّم إليه الوثيقة بالدين وأحلّه محل نفسه، فإن لم يكن وثيقة، وأشهدا على ذلك وأعلنا فهو جائز. وقال أبو ثور: الهبة جائزة أشهد أو لم يشهد إذا تقرر على ذلك، وقال الشافعي وأبو حنيفة: الهبة غير جائزة لأنها لا تجوز عندهم إلا مقبوضة، وعند الشافعية في ذلك وجهان: جزم الماوردي بالبطلان وصححه الغزالي ومن تبعه، وصحح العمراني وغيره الصحة، قيل: والخلاف مرتب على البيع إن صححنا بيع الدين من غير من عليه، فالهبة أولى، وإن منعناه ففي الهبة وجهان. و قال الحنفية: تملك الدين من غير من هو عليه لا يجوز، لأنّه لا يقدر على تسليمه، ولو ملكه ممن هو عليه يجوز، لأنه إسقاط وإبراء، العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي-بيروت، ج13، ص160.

(2) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج3، ص354-355. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج6، ص65.

3) من له على إنسان مائة، فاشترى من آخر شيئاً بتلك المائة، فلا يصحّ على الأظهر؛ لأنه

بيع الدين من غير من عليه، وهو غير جائز؛ لعدم القدرة على التسليم⁽¹⁾.

4) إذا كان لزيد على عمرو دين، فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين فإنه لا يجوز؛ لأن ذلك

تمليك لدين من غير من عليه الدين، وهو باطل⁽²⁾.

(1) ينظر: الرافعي، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج8، ص438-439، و النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج3، ص514.

(2) البابرتي، العناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج8، ص61. ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص267.

الفصل الثاني

القواعد الفقهيّة المذكورة في باب البيوع الفاسدة،

والبيوع إذا كان فيها شرط.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: قاعدتان في باب البيوع الفاسدة.

المبحث الثاني: قاعدتان في باب البيوع إذا كان فيها شرط.

تمهيد:

لا شك أن الشريعة الإسلامية السمحة شرعت مبدأ سد الذرائع، وحرمت الحيل المفضية إلى المفساد والتنازع بين الناس، فوضعت قواعد ضبطت ونظمت أمر التعامل بين البشر، ورفعت الحرج عنهم، ولما كان موضوع البيوع من المواضيع الهامة التي يحتاجها الناس في حياتهم اليومية، ومراعاة لحق العاقدين، ونفياً للظلم والضرر عنهما، بحيث يحقق البيع الغرض المقصود منه؛ وهو سد حاجات الناس وتحقيق الكسب الطيب الحلال عن طريق البيع والشراء، جاءت بعض القواعد الفقهيّة المنظمة لهذه البيوع، والتي جعلها الإمام السرخسيّ - رحمه الله - أصلاً تتدرج تحته تلك الجزئيات والفروع المتعلقة في مجال البيوع، والمعاملات الماليّة بين الناس.

ومما ضبطت تلك القواعد فروعه ومسائله، كلاً من باب البيوع الفاسدة، وباب البيوع إذا كان فيها شرط، كالبيوع التي يطرأ عليها ما يفسدها، أو التي تحتوي على شرط صحيح أو فاسد، سواء ما تعلّق منه بالعاقدين، أم المحل، أم الصيغة.

وقد سبق الإشارة إلى أن فقهاء الحنفية تناولوا جانب الفساد في الأحكام الشرعيّة سواء في العبادات أم المعاملات، وتحدثوا عن الفساد الذي يقابل الصحة عندهم، فهو يشمل الباطل والفساد، إلا أنهم أطلقوا لفظ الفساد على معنى تشريعيّ مدنيّ جديد، فاستعملوه للدلالة على حالة يعتبرون فيها العقد مختلاً في بعض نواحيه الفرعية، اختلالاً يجعله في مرتبة بين الصحة والبطان⁽¹⁾، وبيان تلك القواعد على النحو التالي:

(1) الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق ج2، ص729.

المطلب الأول: قاعدة: الحادث⁽¹⁾ بعد العقد قبل القبض، كالموجود وقت العقد⁽²⁾.

• الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

مفاد هذه القاعدة أن العقد إذا انعقد صحيحاً مستجمعاً لكافة شروطه، سواء ما تعلّق منها بالعاقدين، أم المحل، أم الصيغة، وكان خالياً من العيوب والموانع، ثم طرأ أمر حادث، قبل أن يتقرر العقد ويستقر، وتبنى عليه أحكامه، فإن هذا الحادث أو العارض، يكون في حكم الموجود أثناء العقد فتترتب آثاره عليه.

ويظهر أثر القاعدة واضحاً في العقود الفورية، والعقود المستمرة (الزمنية)، إذ إن مقصود العقد وتقرره يحصل في مثل هذه العقود، فبالعقود الفورية⁽³⁾: وهي التي لا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد يشغله باستمرار، بل يتم تنفيذها فوراً دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان، فإن مقصود العقد يتحقق فوراً بقبض المعقود عليه حقيقةً أو حكماً، فهذه العقود لا يقوم تنفيذها على

(1) (الحادث): الحاء والذال والناء، أصل واحد، وهو كون الشيء لم يكن، والحادث: ما يجد ويحدث وهو ضد القديم. ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج2، ص36. وابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، د ط، ج1، ص160.

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص9. أورد الإمام السرخسي صيغاً أخرى لهذه القاعدة منها: 1- (الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقترن بالعقد)، المبسوط، ج22، ص34. وج21، ص151. 2- (الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقترن بالسبب)، ج30، ص158. (والطارئ): من طرأ طروءاً أي حدث وخرج فجأة فهو طارئ، المعجم الوسيط، ج2، ص552. 3- (الموجود بعد العقد قبل القبض كالمقترن بالعقد)، ج13، ص148.

(3) ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص644.

فكرة الزمن، كالبيع مثلاً حيث يتم بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول، والصلح والهبة، إذ يتم العقد ويستقر بالقبض.

كذلك الأمر في العقود المستمرة⁽¹⁾: وهي التي تدوم آثارها بدوام المحل، ويستغرق تنفيذها مدة من الزمن، بحيث يكون الزمن عنصراً أساسياً في تنفيذها، فتمتد بامتداد الزمن، حسب الشروط المتفق عليها بين الطرفين، والتي تقتضيها طبيعة هذه العقود، كالإجارة، والإعارة، والوكالة، فإن تنفيذ هذه العقود وأمثالها باستيفاء منافع المأجور، وبممارسة أعمال الشركة والوكالة، يحتاج إلى وقت متسع يسري حكم العقد فيه باستمرار.

فلو أن أمراً طرأ قبل تمام القبض في العقود الفورية، أو قبل حصول مقصود العاقدين في العقود المستمرة، كان في حكم الموجود وقت الانعقاد، وتترتب مع وجوده آثار العقد كأنه كان موجوداً أصلاً، أما بعد أن يتم القبض، ويتحقق المقصود في العقود الزمنية، فلا أثر لما يطرأ ويحدث بعد ذلك، بناءً على ما قرره الفقهاء من أن: "ما يعرض بعد حصول المقصود لا يُجعل كالمقترن بالسبب"⁽²⁾.

ومثال الحوادث التي تطرأ غالباً على العقد قبل حصول المقصود به: الموانع من صحة العقد ومبطلاته، كهلاك المعقود عليه، ونحو ذلك من الأمور، ففي العقود الفورية يشترط الفقهاء قيام محل العقد إذا كان عيناً لتمكن إقالته، فإذا كان المحل - كالمبيع مثلاً في عقد البيع - هالكاً أو مستهلكاً بعد التنفيذ، لا تمكن إقالة البيع لعدم إمكان الرد، وإذا كان بعضه هالكاً جازت الإقالة

(1) ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص644،

(2) السرخسي، المبسوط، ج8، ص79. وابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج5،

في الباقي فقط⁽¹⁾، يقول الإمام السرخسي رحمه الله: " إنَّ العارض من هلاك المحل بعد الإقالة قبل الردِّ كالمقترن بالإقالة، ألا ترى أنَّ هلاك المعقود عليه بعد العقد قبل القبض يبطل العقد، ويُجعل كالمقترن بالعقد"⁽²⁾.

ولو حدث عيبٌ في المعقود عليه، أو طرأت عليه زيادةٌ، أو غير ذلك مما يوجب خيار الفسخ لأحد العاقدين، كان هذا في حكم الموجود أثناء الإنعقاد.

وتعدُّ القاعدة من القواعد المتداولة⁽³⁾ عند الحنفية، وهي من العبارات المشهورة لفظاً عند الإمام السرخسي خاصةً، حيث بنى عليها العديد من المسائل في مختلف أبواب الفقه⁽⁴⁾.

والقاعدة وإن كانت متداولةً عند الحنفية، فقد وافقتها المذاهب الأخرى في مواضع، وخالفتها في مواضع أخرى، ومما جرى الخلاف فيه مثلاً: ما يطرأ على العقد من الحوادث، من أثر هلاك

(1) ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص597. ومعلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج16، ص173.

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص169.

(3) إلا أنَّ الحنفية اختلفوا في العيب الحادث بعد البيع وقبل القبض، فقال أبو يوسف: يدخل تحت البراءة حتى لا يملك المشتري الردَّ بالعيب الحادث؛ لأنَّ شرط البراءة عن كل عيب يحدث بعد البيع وقبل القبض، يصحَّ عنده، وقال محمد: لا يدخل تحت البراءة من كل عيب، فلا يملك المشتري الردَّ بذلك العيب؛ لأنَّ العيب الحادث لو رده المشتري لتضرَّر البائع؛ لأنه خرج عن ملكه سليماً ثم يعود إليه معيباً. السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط2، 1414هـ، ج2، ص103. وإذا كان الأمر الحادث مما لا يضرُّ الانتفاع به، فلا يكون كالموجود وقت العقد، فلا يفسخ به العقد، كالعبد المستأجر إذا ذهبت إحدى عينيه، وهي لا تضرُّ بالخدمة، أو الدار إذا سقط منها حائط لا ينتفع به، فلا يضرُّ في سكنها. السرخسي، المبسوط، ج15، ص135. والكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص196. و ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص40.

(4) أورد الإمام السرخسي هذه القاعدة بلفظها في باب البيوع الفاسدة ج13، ص9، وذكرها بصيغ أخرى منها: " الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقترن بالسبب"، ج30، ص158. و" الموجود بعد العقد قبل القبض كالمقترن بالسبب"، ج13، ص148. "الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب"، ج10، ص102، وج17، ص133، وغيرها من الصيغ ذات العلاقة بالقاعدة التي زخر الكتاب بها، والتي سأذكرها عند الحديث في القواعد ذات العلاقة، والتطبيقات المختلفة على هذه القاعدة إن شاء الله تعالى.

المبيع في انفساخ البيع، فقال الحنفية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، بانفساخه والضمان على البائع، قال الإمام ابن السبكي -رحمه الله-: "البيع قبل القبض من ضمان البائع، وأنه إذا تلف قبل القبض بأفة سماوية انفسخ البيع وسقط الثمن عن المشتري"⁽³⁾؛ لأنه فات التسليم المستحق بالعقد⁽⁴⁾.

أما المالكية⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁶⁾، فقالوا: إذا كان المبيع مما فيه حق توفية لمشتريه - وهو المال المثلي من مكيل أو موزون أو معدود - يفسخ العقد بالتلف، والضمان على البائع، أما إذا كان المبيع معيناً وعقاراً أو من الأموال القيمة فلا يفسخ العقد بالتلف، وينتقل الضمان إلى المشتري بالعقد الصحيح اللازم⁽⁷⁾.

• قواعد ذات علاقة بهذه القاعدة:

وضع الفقهاء قواعد قريبة من هذه القاعدة، ومنها:

1) الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه يُجعل كالموجود عند ابتداء السبب⁽⁸⁾.

(1) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص238.

(2) النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج13، ص73.

(3) المرجع نفسه، ج12، ص124.

(4) المرجع نفسه، ج13، ص89.

(5) ينظر: الخرخشي، التاج والإكليل لمختصر خليل، مرجع سابق، ج6، ص390.

(6) المرادوي، علاء الدين علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، ط2، دت، ج4، ص467.

(7) ينظر: الخرخشي، التاج والإكليل لمختصر خليل، مرجع سابق، ج6، ص390. والمرادوي، الإنصاف في

معرفة الراجح من الخلاف، مرجع سابق، ج4، ص467.

(8) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج10، ص102.

(2) الطارئ بعد اقف قبل القبض من الزوائد يُجعل كالموجود عند العقد حكماً⁽¹⁾.

• الفرع الثاني: تأصيل القاعدة.

يستدل لهذه القاعدة بأدلة من القرآن الكريم، والسنة النبوية المشرفة، ومنها:

(1) قول الله تبارك وتعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ

مُؤْمِنِينَ﴾ ﴿فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا

تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ (البقرة: الآيات 278-280).

(2) ما روي من حديث جابر بن عبد الله -رضي الله عنه- أن النبي صلى الله عليه

وسلم قال مما خطبه في حجة الوداع: {...} وَرَبَا الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ ، وَأَوَّلُ رَبَا أَصْعُ رَبَا

عَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، فَإِنَّهُ مَوْضُوعٌ كُلُّهُ⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الآيات الكريمة والحديث الشريف: أن الله تعالى أبطل من الربا ما لم

يكن مقبوضاً، وإن كان معقوداً قبل نزول التحريم، ولم يتعقب بالفسخ ما كان منه مقبوضاً،

فأبطل عز وجل الزيادة المشروطة؛ لأنه قال "وذروا ما بقي من الربا"، والربا هو الزيادة⁽³⁾،

والزيادة التي تحدث في المبيع قبل القبض تجعل كالموجود عند ابتداء العقد، فتكون معقوداً عليها

بالقبض، ويصير بمقابلها شيء من الثمن عند القبض؛ لأن الزيادة بعد العقد قبل القبض

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 13، ص 67.

(2) مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الحج، باب: حجة النبي صلى الله عليه وسلم، ج 2، حديث

رقم: (1218)، ص 288.

(3) الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 195.

كالموجود وقت العقد⁽¹⁾، وكذلك الأمر في الحديث الشريف: "فإن كل ما طرأ على عقد البيع قبل القبض مما يوجب تحريمه، فهو كالموجود في حال وقوعه... فأبطل الله من الربا ما لم يقبض؛ لأنه طرأ عليه ما يوجب تحريمه وهو الزيادة"⁽²⁾، لكن هذا كان في التعامل مع تحريم الربا لأول مرة، ثم بعد ذلك نزل التحريم لكل ضروب الربا ما قبض منه، وما لم يقبض.

• الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

زخر كتاب المبسوط بتطبيقات هذه القاعدة في مختلف المسائل والفروع الفقهية ويُعزى ذلك لاشتهار هذه القاعدة وتداولها عند علماء الحنفية، وخاصةً عند الإمام السرخسي -رحمه الله- كما تبين سابقاً، ومن التطبيقات على هذه القاعدة الآتي:

(1) إن بيع العقار قبل القبض بأكثر مما اشترى، فيه ربح ما لم يضمن، والمعنى فيه أنه باع المبيع قبل القبض فلا يجوز كما في المنقول؛ لنهيه صلى الله عليه وسلم - عن ذلك⁽³⁾. وتأثيره: أن ملك التصرف يستفاد بالقبض، كما أن ملك العين يستفاد بالعقد، ثم العقار والمنقول سواء فيما

(1) السرخسي، المبسوط، ج5، ص71.

(2) الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص190.

(3) عَنْ عَوِّ بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ قَالَ: صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (لَا يَحِلُّ بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، وَلَا رَيْحُ

مَا لَمْ يَضْمَنْ). ابن ماجه، السنن، ج2، ص737. وينحوه في: البيهقي، السنن الكبرى، ج5، ص548.

والترمذي، السنن، ج3، ص527. وقال عنه حديث حسن صحيح. (ولا ربح مالم يضمن): هو ربح مبيع اشتراه

فباعه قبل أن ينتقل من ضمان البائع الأول إلى ضمان القبض. شرح محمد فؤاد عبد الباقي، ينظر: سنن ابن

ماجه، ج2، ص737.

يملك به العين وهو العقد، فكذاك فيما يملك به التصرف؛ لأن السبب وهو البيع لا يتم إلا بالقبض، ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد⁽¹⁾.

(2) لو باع شيئاً فحصلت زيادة في المبيع، سواء أكانت هذه الزيادة متولدة من العين كالولد أم الثمار، أم غير متولدة كالكسب والغلة، فإن هذه الزيادة التي تحدث في المبيع قبل القبض، تُجعل كالموجود عند ابتداء العقد، فتكون معقوداً عليها بالقبض، ويصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض؛ لأن الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد⁽²⁾.

(3) لو طرأ على السلعة المبيعة عند البائع عيب بغير فعل المشتري قبل القبض، فهو بالخيار، إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء تركها؛ لأنها إذما تعيّت في ضمان البائع، والعيب الحادث قبل القبض فيها يُجعل كالمقترن بالعقد⁽³⁾.

(4) إذا ارتهن نصرانيٌّ من نصرانيٍّ، أو غير المسلم من غير المسلم - خمرًا بدين له عليه، فأسلم المرتهن بطل الرهن؛ لأن المقصود بالرهن الاستيفاء، ولا يتم ذلك إلا بهلاك الرهن، فالإسلام الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود يجعل بمنزلة المقترن بالعقد⁽⁴⁾، وكذلك لو أن

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص9. وابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج6، ص513.

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج5، ص71. وابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج3، ص348، و ج6، ص77. والكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص173. و الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج5، ص252. والهيتمي، أحمد بن محمد بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى-مصر، د ط، 1357هـ، ج4، ص354.

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص186. وج19، ص108. والكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص277. والشيرازي، ابراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، د ط، د ت، ج1، ص284. والحناي، الجوهرة النيرة، مرجع سابق، ج1، ص200. و اليهودي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج3، ص207.

(4) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص138.

غير المسلمين عُقد بينهما عقد بخمرٍ أو خنزيرٍ، أو نحوهما مما لا يحل في شرعنا، ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل قبض الخمر أو الخنزير بطل العقد؛ لأن الطارئ بعد العقد قبل القبض يُجعل كالموجود عند العقد حكماً، والإسلام يمنع ابتداء العقد على الخمر، فكذلك يمنع القبض بحكم العقد، وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد⁽¹⁾، وكذلك إذا اشترى مسلم عصيراً فتخّر قبل القبض بطل العقد لهذه القاعدة⁽²⁾.

(5) إذا دفع إلى رجل فلوساً مضاربةً بالنصف، فلم يشتر شيئاً حتى كسدت تلك الفلوس وأحدثت فلوساً غيرها فسدت المضاربة؛ لأن على قول من يجيز المضاربة بالفلوس إنما يجيز باعتبار صفة الثمنية، وهي ثمن ما دامت رائجةً، فإذا كسدت لم يبق لها قيمة كسائر الموزونات، ولو اقترن كسادها بعقد المضاربة لم تصح المضاربة، فكذلك إذا كسدت بعد العقد قبل حصول المقصود به؛ لأن الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقارن للعقد، وهذا مثله⁽³⁾.

(6) نصت المادة (513) من مجلة الأحكام العدلية: إن العيب إذا حدث في المبيع بعدما قبضه المشتري ليس للمشتري أن يردّه، فكان ينبغي أن لا يردّ بسبب العيب الحادث بعد القبض في الإجارة أيضاً؛ لأن العيب الحادث في الإجارة بمنزلة العيب الحادث في البيع قبل القبض؛ لأن المعقود عليه المنافع⁽⁴⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص67، والجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص191. والكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص43. ومعلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج16، ص167.

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج21، ص151.

(3) المرجع نفسه، ج22، ص34، وج30، ص158.

(4) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص589.

المطلب الثاني: قاعدة: ملك⁽¹⁾ التصرف⁽²⁾ يستفاد بالقبض⁽³⁾.

• الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

تعني القاعدة أنه: يترتب على تمام العقد والقبض بين المتعاقدين، ملك التصرف بالبدلين: المبيع والثمن، فالمشتري يملك التصرف في المبيع عند قبضه، والبائع يملك التصرف بالثمن عند قبضه، والتصرف المراد بالقاعدة: مطلق التصرف وهو نوعان⁽⁴⁾: التصرف القولي: وهو ما

(1) الملك لغةً: بفتح الميم وكسرهما وضمها: هو احتواء الشيء والقدرة على التصرف به بانفراد. ينظر: ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، دار صادر-بيروت، ط3، 1414هـ، ج10، ص492. والملك عند الحنفية: "هو القدرة على التصرفات في الشيء ابتداءً"، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج3، ص182. ويعرف الملك عند الفقهاء بأنه: "اختصاص إنسان بشيء، يخول له شرعاً، الانتفاع والتصرف فيه وحده ابتداءً إلا لمانع". ينظر: العبادي، عبد السلام الدكتور، الملكية في الشريعة الإسلامية- طبيعتها ووظيفتها وقيودها، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط1، 2000م، ج1، ص128.

(2) والمراد بالتصرف: هو كل ما يحدث و يصدر عن الانسان ، ويرتب أثراً سواء أكان من الأقوال أم من الأفعال. أو هو: "كل ما يصدر عن شخص بإرادته، ويرتب عليه الشرع نتائج حقوقية". الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص379.

(3) السرخسي، المبسوط، ج13، ص9. والبورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج7، ص854.

تجدد الإشارة هنا: أن القاعدة لم ترد بلفظها في معلمة القواعد الفقهية، إلا أنه يوجد ما يقاربها، في المعنى والأحكام المتفرعة عنها، كقاعدة: التصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز، وقاعدة: كل من ابتاع شيئاً من طعام أو غيره، لم يجز بيعه قبل قبضه. ينظر: معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج14، ص142. إذ تفيد القاعدتان بمفهوم المخالفة، نصّ قاعدة الإمام السرخسي أن: (ملك التصرف يستفاد بالقبض).

(4) الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص379.

يترتب أثره عليه بالقول الصادر من إرادتين، كالعقود من بيع، وإجارة، أو الصادر من إرادة واحدة كالوقف.

والتصرف الفعلي: وهو ما كان قوامه عملاً غير لساني، مثل إحراز المباحات، والغصب والاتلاف⁽¹⁾.

وأما القبض فقد اختلف العلماء في تعريفه وكيفيته، نظراً إلى تعدد واختلاف المقبوضات، ولكن يكاد يتفق الفقهاء⁽²⁾ على أن: القبض في العقار يكون بالتخلية، وفي غيره قد يكون بالنقل، أو الكيل أو الوزن أو التخلية أو التناول، قال الإمام الكاساني -رحمه الله-: "معنى القبض هو: التمكين والتخلي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادةً وحقيقةً"⁽³⁾.

فالقاعدة تنفيذ إذن: أن ملك التصرف في الشيء، أي كان نوع التصرف، يثبت بالقبض، أي بعد قبض ذلك الشيء؛ لأن القبض يفيد استقرار الملك وثبوته، فيترتب التصرف عليه، سواء أكان بالبيع أم الانتفاع، أم الاستغلال، كالإجارة والرهن وغيرها من التصرفات، قال الإمام السرخسي -رحمه الله-: "من اشترى شيئاً فلا يجوز له أن يبيعه قبل أن يقبضه، ولا يوليه أحداً،

(1) الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص379.

(2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص244. والدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج3، ص123. والنووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج9، ص275. وابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ج4، ص85.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص148.

ولا يشرك فيه؛ لأن التولية تمليك ما ملك بمثل ما ملك، والإشراك تمليك نصفه بمثل ما ملك به⁽¹⁾.

والقاعدة محل اتفاق بين الفقهاء، فقد اتفقوا على جواز التصرف في الأعيان المملوكة بعد قبضها؛ والإجماع قائم بينهم على منع بيع الطعام قبل قبضه، قال ابن المنذر: "أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه"⁽²⁾، وللأدلة التي تنهى عن بيع المبيع قبل القبض، والتي سأوردها عند الحديث عن تأصيل القاعدة.

وتفيد القاعدة بمفهوم المخالفة: عدم جواز التصرف في المبيع بالبيع⁽³⁾ قبل القبض، وهو ما ذهب إليه الحنفية⁽⁴⁾، سواء أكان المبيع طعاماً أم غيره، واستثنوا من ذلك العقار المبيع، فأجازوا

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص8.

(2) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4، ص83.

(3) قال أبو يوسف: "بيع المبيع قبل القبض لا يجوز؛ لأنه تمليك لعين مالكة في حال قيام الغرر في ملكه، والمبيع قبل القبض ليس محلاً للتمليك من غيره، فلا ينفذ البيع فيه وإن أجاز البائع، فكان هذا بمنزلة عين مملوكة أيضاً، كالصيد في الهواء، وذلك لا يجوز". السرخسي، المبسوط، ج13، ص9.

(4) وذهب المالكية إلى عدم جواز بيع الطعام دون غيره من الأشياء قبل قبضه، سواء أكان رويماً أم غير روي، أما إذا اشترى الطعام جزافاً (أي من غير قدرة على التحديد)، فيجوز له بيعه قبل القبض مطلقاً، بشرط تعجيل الثمن؛ لئلا يؤدي إلى بيع الدين بالدين، أما سائر التصرفات سوى البيع، فتجوز عندهم قبل القبض. ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مرجع سابق، ج3، ص151-152. وابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، ط1425هـ - 2004م، ج2، ص143.

التصرف فيه قبل القبض لانتفاء غرر الانفساخ⁽¹⁾، قال الإمام السرخسي رحمه الله: "ليس لمشتري الطعام أن يبيعه قبل أن يقبضه، (لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض)⁽²⁾، وكذلك ما سوى الطعام من المنقولات، لا يجوز بيعه قبل القبض عندنا"⁽³⁾.

وأما الشافعية، فلا يجوز عندهم التصرف في الأعيان المملوكة بعقد معاوضة قبل القبض بالبيع، ولا بغيره من التصرفات لضعف الملك، كالإجارة والهبة والرهن، وغيرها من التصرفات، سواء أكان المبيع مطعوماً أم غير مطعوم، عقاراً أم منقولاً، مقدراً أم جزافاً، ولا يصح عندهم من التصرفات قبل القبض إلا الوقف. ينظر: الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج3، ص60. والنووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج9، ص264.

أما الحنابلة: فذهبوا إلى أن جواز تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه مرتبط بالضمان؛ يقول ابن رجب: "التصرف قبل القبض والضمان متلازمان، فإن كان البيع مضموناً على البائع، لم يجز التصرف فيه للمشتري حتى يقبضه، وإن كان قبل القبض من ضمان المشتري جاز التصرف فيه" ابن رجب، القواعد، مرجع سابق، ج1، ص78. ما عدا بعض الصور، كالوصية، وجعله مهراً وبدل خلع؛ لاغتفار الغرر في هذه التصرفات، أما ما اشترى جزافاً من غير تقدير، فيجوز التصرف فيه مطلقاً. ينظر: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج3، ص241-242. والبهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج2، ص58. و ابن قدامه، المغني، ج4، ص86-87. و الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3، ص144.

⁽¹⁾ ينظر: السرخسي، المبسوط، ج13، ص8-9. والكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص180. وابن عابدين، حاشية ابن عابدين على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص147. و الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج4، ص80.

⁽²⁾ البخاري، الجامع المسند الصحيح، كتاب البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك، ج3، ص68، حديث رقم: (2136).

⁽³⁾ السرخسي، المبسوط، ج13، ص8.

أما التصرف قبل القبض بغير البيع، فيرى الحنفية أنه يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه، بالهبة والصدقة والإقراض والرهن والإعارة⁽¹⁾، أما الإجارة فلا تجوز فيه مطلقاً؛ " لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض، وملك المنفعة تابع لملك العين، ولا يجوز فيه تمليك العين فلا يجوز تمليك المنفعة؛ ولأن الإجارة عقد يحتمل الفسخ، فيتمكن فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه، ولأن ما روي من النهي يتناول الإجارة؛ لأنها نوع بيع، وهو بيع المنفعة"⁽²⁾.

فالقاعدة العامة عند الحنفية: أن كل عوض ملك بعقد يفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض، لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، كبذل العتق، وبذل الصلح عن دم العمد، وفقه هذه القاعدة: أن الصحة هي الأصل في التصرفات الصادرة من الأهل في المحل، وإن الفساد هنا جاء من عارض غرر الانفساخ، وهو غير متوهم في التصرفات التي لا تحتل الفسخ، فبقيت على الأصل، ولهذا جاز بيع الميراث، والموصى به قبل القبض، أما الميراث؛ فلأن معنى الغرر

(1) ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن ما ثبت فيه الملك بعقد لا معاوضة فيه، يجوز التصرف فيه قبل قبضه، ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص181. والباقي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد القرطبي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة- بجوار محافظة مصر، ط1، 1332هـ، ج4، ص281. والنووي، المجموع، مرجع سابق، ج9، ص264-266. وابن رجب، القواعد، مرجع سابق، ج1، ص82-83.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص180.

يتقرر فيه، ولأن الوارث خلف المورث، ولو كان المورث موجوداً لجاز تصرفه فيه، فكذلك خلفه،
وأما الوصية، فلأنها أخت الميراث⁽¹⁾.

وقد وفق الإمام الشوكاني-رحمه الله- بين الأقوال المختلفة للفقهاء، فيما يجوز وما لا يجوز
من التصرفات قبل القبض، فقال: "والأولى الجمع بإلحاق التصرفات بعوض بالبيع، فيكون فعلها
قبل القبض غير جائز، وإلحاق التصرفات التي لا عوض فيها بالهبة، وهذا هو الراجح"⁽²⁾، وعليه
فإن ما كان من قبيل المعاوضات، كالبيع والمزارعة والمضاربة، فلا يصح التصرف فيه قبل
القبض، وما كان من التبرعات كالهبة والقرض والرهن، فيجوز التصرف فيه قبل قبضه.

• قواعد ذات علاقة بالقاعدة:

ذكر الفقهاء قواعد قريبة من قاعدة البحث، ومنها:

(1) التصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز⁽³⁾.

(2) كل من ابتاع شيئاً من طعام أو غيره، لم يجز بيعه قبل قبضه⁽⁴⁾.

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص148. و منظمة المؤتمر الإسلامي

بجده، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج6، ص335-338.

(2) الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج5، ص189.

(3) شيخ الإسلام ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس بن عبد الحلیم الحرّاني، مجموعة الرسائل والمسائل، علق

عليه: محمد رشيد رضا، لجنة التراث العربي، د ط، د ت، ج5، ص215.

(4) الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص220.

• الفرع الثاني: تأصيل القاعدة.

تعدّ جميع الأدلة الواردة في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه أو استيفائه، أدلة لهذه القاعدة؛ إذ أفادت هذه الأدلة ، أنّ جواز البيع أو التصرف في الشيء المملوك، لا يكون إلا بعد القبض، ومن هذه الأدلة الآتي:

أولاً: من السنّة النبوية: ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما- ، أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: { مَنِ ابْتَدَعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ }⁽¹⁾، قال ابن عباس: { وَأَحْسِبُ كُلَّ شَيْءٍ بِمَقْبُذَةِ الطَّعَامِ }.

ووجه الدلالة من الحديث: أنّ النهي عن بيع الطعام قبل القبض واضح صريح، وأنّ هذه الزيادة التي فسّوها ابن عباس رضي الله عنه- هذا الحديث، تدلّ على عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه، سواء أكان طعاماً أم غيره من المملوكات.

وقد جعل الإمام السرخسي رحمه الله- هذه الزيادة التي ذكرها ابن عباس بعد روايته للحديث، أصلاً للمسألة، فقال: "الكلام في هذه المسألة ينبني على أصل: وهو أنّ عند مالك فيما سوى الطعام، البيع لا يبطل بهلاك المعقود عليه قبل القبض، وعندنا يبطل؛ لفوات القبض المستحق

⁽¹⁾ مسلم، المسند الصحيح ، مرجع سابق، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، ج3، ص1160،

حديث رقم:(1525).

بالعقد، كما في الطعام، لَفَتَوْهُمُ الغرر في الملك المطلق للتصرف قلنا: لا يجوز تصرفه قبل القبض، أو لعجزه عن التسليم بحبس البائع إياه لحقه، والإجارة في ذلك كالباع⁽¹⁾.

وقد استند الشافعية على هذه الزيادة، فألحقوا بالبيع غيره من التصرفات، عن طريق القياس فقالوا: "والأصح، أن الإجارة، والرهن، والكتابة، والهبة، والصدقة، والإقراض، وجعله عوض نكاحٍ أو خلجٍ، أو صلحٍ أو سلمٍ، والتولية والإشراك فيه، كالبيع فلا يصح؛ لأن كلاً منها عقد يقصد به تملك المال في الحال، فأشبهه البيع"⁽²⁾.

ثانياً: من الإجماع: فقد أجمع الفقهاء على منع بيع الطعام قبل قبضه، وألحقوا به غيره من المملوكات، كما ألحقوا بالبيع غيره من التصرفات، وقد حكى غير واحد من الفقهاء هذا الإجماع، يقول ابن رشد -رحمه الله-: "قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً، فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه"، "والإجماع على تحريم بيع المسلم فيه قبل قبضه"⁽³⁾.

ثالثاً: من العقل⁽⁴⁾: وهو أن الملك قبل القبض غير مستقر؛ لأنه قد يهلك فيفسخ العقد، وذلك غرر من غير حاجة⁽⁵⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، ج13، ص8.

(2) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر-بيروت، ط الأخيرة، 1404هـ، ج4، ص86.

(3) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج2، ص144. و ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ج4، ص334.

(4) معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج14، ص153.

(5) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج13، ص9. والنووي، المجموع، مرجع سابق، ج9، ص264.

• الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

يعدّ جانب المعاملات المجال الأوسع في تطبيقات هذه القاعدة، وتبرز أهميتها في ضبط أحكام الملك والتصرف بالمملوكات، إذ لا تثبت هذه الأحكام ولا تستقرّ إلا بتمام القبض، ومن هذه التطبيقات:

(1) من اشترى شيئاً، فلا يجوز له أن يبيعه قبل أن يقبضه، ولا يوليه أحداً، ولا يشرك فيه؛ لأن التولية: تملك ما ملك بمثل ما ملك، والإشراك: تملك نصفه بمثل ما ملك به؛ ولأن ملك التصرف إنما يستفاد بالقبض⁽¹⁾.

(2) إن بيع العقار قبل القبض جائز إذ باعه بمثل ما اشتراه، وأما بيعه قبل القبض بأكثر مما اشترى: فيه ربح ما لم يضمن، والمعنى فيه: أنه باع المبيع قبل القبض، فلا يجوز، كما في المنقول؛ وتأثيره أن ملك التصرف يستفاد بالقبض، كما أن ملك العين يستفاد بالعقد، ثم العقار والمنقول سواء فيما يملك به العين، وهو العقد، فكذاك فيما يملك به التصرف، أو لأن السبب وهو البيع، لا يتم إلا بالقبض، ولهذا: جعل الحادث بعد العقد قبل القبض، كالموجود وقت العقد، والملك إنما يتأكد بتأكد السبب، وفي هذا العقد: العقار والمنقول سواء، يوضحه: أن قبل القبض، المبيع مضمون بغيره وهو الثمن، والعقار في هذا كالمنقول، حتى إذا استحق أو تصوّر هلاكه، فهلك، سقط الثمن، ولأن القدرة على التسليم، شرط لجواز البيع في العقار والمنقول جميعاً⁽²⁾.

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج13، ص8.

(2) المرجع نفسه، ج13، ص9.

(3) إذا اشترى سيارة ودفع ثمنها، فقد تمّ العقد وملك المشتري السيارة، ولكن إذا كان النظام لا يسمح بقبض السيارة إلا بعد نقل ملكيتها في الأوراق الرسمية، فإنّ المشتري لا يملك التصرف فيها، وإن ملك عينها، لكن بعد تمام الإجراءات، وتسلمّ السيارة، يصبح المشتري مالكاً للتصرف فيها؛ لأنّ ملك التصرف يكون بعد تمام القبض⁽¹⁾.

(4) لا يجوز لمشتري بضاعة مشحونة في سفينة أو طائرة، أن يبيعها قبل أن تصل البضاعة إلى الميناء أو المطار، ويتسلمّ البضاعة؛ لأنّ كلّ عقد يفسخ العقد بهلاكه لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، ولأنّ ملك التصرف لا يكون إلا بعد تمام القبض⁽²⁾.

(5) إذا تسلمّ موظف المصرف فاتورة مبدئية من طالب الشراء، واشترى سلعة للبنك حسب الفاتورة، بالهاتف أو غيره من وسائل الاتصال الحديثة، ثم أبرم عقد البيع مع طالب السلعة، وأعطاه شيكاً بمبلغ الفاتورة، لتسليمه للبائع واستلام السلعة منه، فلا تجوز هذه المعاملة؛ لأنّ البنك وإن كان قد تملك السلعة قبل أن يبيعها لطالباها، إلا أنه لم يتسلمها لا حقيقةً ولا حكماً، ولم تدخل في ضمانه؛ ولأنّ التصرف ببيع المبيع قبل الملك لا يجوز؛ لأنّ الملك لا يثبت ولا يستقر إلا بتمام القبض⁽³⁾.

(1) ينظر: البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج7، ص855.

(2) ينظر: معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج14، ص156.

(3) المرجع نفسه. بالجزء والصفحة.

وجدير بالذكر: أن عقود المرابحة تُعدّ من العقود الأكثر انتشاراً في المصارف الإسلامية، لرفع الحرج عن المسلمين في جانب الربا، وإيجاد البديل الإسلامي لتمويل وتنشيط تجارة السلع التي تسهم في إنعاش الاقتصاد الوطني، وتسهيل عمليات الاستثمار، وتلبية الحاجات الشخصية للفرد.

وصورة هذه الصيغة المصرفية: أن يتقدم من يريد الشراء بطلب للمصرف، ليقوم المصرف بشراء السلعة المطلوبة، بالوصف الذي يحدده المشتري، وعلى أساس الوعد منه بشراء المطلوب فعلاً، من المصرف مرابحةً بالنسبة التي يتم الاتفاق عليها، حيث يتم دفع الثمن على أقساط حسب الإمكانية⁽¹⁾.

والناظر في هذه الصيغة، يرى أنها تصرّف من البنك بشراء السلعة المطلوبة، قبل قبض ثمنها من العميل المتقدم بالطلب، لكنّ البنك تصرّف بشراء السلعة بناءً على الوعد الملزم من العميل بشرائها منه، حسب ما تمّ الاتفاق عليه ابتداءً فقام هذا الوعد مقام القبض، إذ يحقق الالتزام بالوعد استقرار المعاملات، ويجبّ المصرف حالات التعرّض للخسارة الكبيرة، في حال نكول العميل عن إتمام عملية الشراء.

فإذا كان الإلزام بالوعد في مجال التبرعات والإحسان، فإنه في عقود المعاوضات أولى، لأنّه الأحفظ لمصلحة المتعامل... وهو ما رأته هيئة الرقابة الشرعية في مصرف دبي عام 1979م،

(1) ينظر: حمود، سامي حمود حسن، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، مكتبة دار

التراث-القااهرة، ط3، 1411هـ، ص432.

ومؤتمر المصارف الإسلامية في الكويت عام 1983، وقد جاء في قرار المؤتمر النهائي: " أن بيع المرابحة للأمر بالشراء بعد تملك السلعة المشتراه، وحيازتها، ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالريح المذكور في الوعد السابق أمر جائز شرعاً... "، وظلّ الجدل قائماً حول الإلزام بالوعد، إلى أن صدر قرار مجمع الفقه بمنظمة المؤتمر الإسلامي لعام 1904هـ: والذي أجاز الإلزام بالوعد لضمان حق الجميع⁽¹⁾.

فالبنك إذن: لا يقوم بالتصرف قبل القبض بناءً على هذا الوعد الملزم، وكذلك لا تعدّ هذه الصيغة المصرفية بيعاً قبل القبض؛ لأن من شروط المرابحة كما جاء في قرار المجمع: أن يقوم المصرف بتملك السلعة وحيازتها قبل بيعها للأمر بالشراء.

(1) ينظر: منظمة المؤتمر الإسلامي بجده، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج5، ص872، وص 886، و ص898، وص927، وص 996.

المبحث الثاني: قاعدتان في البيوع إذا كان فيها شرط.

المطلب الأول: الضمان لا يجب إلا بالقبض⁽¹⁾.

• الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

المقصود بالضمان في هذه القاعدة هو الضمان المالي، وهو ما عرفه الفقهاء بأنه: "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"⁽²⁾، أو هو: "شغل النّمة بما يجب الوفاء به من مالٍ أو عملٍ، والمراد ثبوته فيها مطلوباً أداءه شرعاً عند تحقق شرط أدائه، سواء أكان مطلوباً أداءه في الحال، كالدّين الحالّ، أم في الزمن المستقبل المعيّن، كالدّين المؤجل إلى وقت معيّن، إذ هو مطلوب أداءه إذا ما تحقق شرط أدائه"⁽³⁾

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص24. وفي لفظ "الضمان يتعلّق بالقبض"، الحناوي، الجوهرة النيرة، مرجع سابق، ج1، ص237. وجدّير ذكره: أنّ القاعدة وردت بصيغ متعددة منها: 1- (ما لم يوجد القبض لا يجب الضمان)، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص210. وفي لفظ: (الضمان حكم يثبت بالقبض)، المبسوط، ج14، ص42. أو (الضمان يلزم بالقبض)، المبسوط، ج14، ص20. 2- (القبض سبب لوجوب الضمان)، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص213، 219. 3- (الضمان إنّما يجب بالقبض)، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج8، ص323.

(2) الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص1035، فقرة: (80-81).

(3) الخفيف، علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي-القاهرة، 2000م، ج1، ص8.

وقد نصّت المادة (المادة 416) من مجلة الأحكام العدلية على تعريف الضمان بأنه: "إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيّمته إن كان من القيميات"⁽¹⁾.

ويقسم الضمان بالنظر إلى أسبابه إلى ثلاثة أقسام، قال الإمام القرافي -رحمه الله-: "وأما الموجب للضمان في الشريعة، فثلاثة أسباب لا رابع لها، فمتى وجد واحد منها وجب الضمان، ومتى لم يوجد واحد منها لم يجب الضمان"⁽²⁾.

1- ضمان الإلتلاف (العدوان): وهو الناشئ عن إلتلاف حق الغير تعدياً، كالقتل، وهدم الدور، وأكل الأطعمة، وغير ذلك من المتمولات.

2- ضمان اليد: وهو الضمان الناشئ عن وضع اليد على حق الغير بلا مسوّغ مشروع، كالغصب والسرقة.

3- ضمان العقد: وهو الضمان الناشئ عن حدوث خللٍ في مقتضى العقد، أو ما اتفق عليه العاقدان من الشروط الجائزة، فمقتضى عقد البيع تسليم المبيع للمشتري، وتسليم الثمن، وسلامة البديلين من العيب، قال السيوطي -رحمه الله-: "... ما يضمن ضمان عقد قطعاً، هو ما عني في صلب عقد بيعٍ أو سلمٍ أو إجارةٍ أو صلحٍ"⁽³⁾.

(1) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج1، ص80

(2) القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج2، ص205.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص361.

فهذه الأعيان وأمثالها، تعدّ مضمونةً ضمانً عقدٍ في يد من وجب عليه بالعقد تسليمها إذ تلتفت قبل تسليمها، وهذا النوع من الضمان هو الذي تتعلّق به هذه القاعدة.

والضمان الذي ينتقل إلى القابض: هو تحمل تبعه ما يطرأ على المعقود، من الهلاك أو النقصان، أو العيب في أحد عقود الضمان⁽¹⁾، كعقد البيع والإجارة، وعقد النكاح والصلح والكفالة، والمخارجة⁽²⁾، والقرض، فإنّ هذا الضمان لا يجب عليه إلا بعد القبض.

وضمان العقد لا يقوم على تحقيق المماثلة والمكافأة بين العوض والمعوض عنه كما في ضمان الإلتلاف، بل يقوم على الرضا والاتفاق الذي تضمّنه العقد، لتحقيق مقصود العاقدين ورغبتهما من العقد؛ لذا سقط اعتبار التفوت فيه بين البدلين خلافاً لضمان الإلتلاف، إذ يجب فيه مراعاة القيمة، فلا تجوز زيادة أحد البدلين على الآخر، وتراعى فيه أوصاف التالف، في حين لا تراعى هذه الأوصاف في ضمان العقد؛ لأنّ العقد إنما يرد على العين دون أوصافها⁽³⁾.

(1) اتفق الفقهاء على أنّ كل عقد يجب الضمان في صحيحه، يجب الضمان في فاسده، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب في فاسده، بمعنى أنّ العقد الصحيح إذا كان موجباً للضمان كالبيع والإجارة والنكاح، فالعقد الفاسد كذلك، أما عقود الأمانات كالمضاربة، والشركة والوكالة والوديعة، وعقود التبرعات كالهبة والصدقة، فإنّه لا يجب الضمان فيها مع الصحة فكذلك مع الفساد. ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، القواعد، دار الكتب، د ط، د ت، ج 1، ص 67. و الزحيلي، محمد مصطفى الدكتور، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر - دمشق، ط 1، 1427 هـ، ج 2، ص 853.

(2) المخارجة أو التخارج: هو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم. البابرتي، العناية

شرح الهداية، مرجع سابق، ج 8، ص 439.

(3) الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 18-19

وتعني القاعدة: أن الضمان باعتباره أثراً لازماً لأحكام العقود، لا يجب إلا بقبض المعقود عليه قبضاً صحيحاً مقصوداً، بحيث يكون لقابض الشيء سلطةً تمكّنه من تحصيل الآثار الشرعيّة، التي يربتها العقد الذي هو سبب الضمان⁽¹⁾.

وأما القبض فالمقصود منه: جمع الكف على الشيء أي أخذه، ويقال: صار الشيء في قبضك وقبضتك: أي في ملكك وتصرفك. وقبضت الأرض والدار من فلان: أي حزتها⁽²⁾.

والقبض في اصطلاح الفقهاء: " هو التمكين ولتخلي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادةً " ⁽³⁾.

أي: هو التمكّن من التصرف في المقبوض دون موانع تحول بين ذلك، والقبض المعتبر شرعاً يختلف من شيءٍ إلى آخر، فالقبض في العقار يكون بالتخلية بينه وبين من انتقل ملكه إليه، على وجهٍ يُتمكّن معه من الانتفاع به فيما يقصد منه، كزرع الأرض، وسكنى المنزل، والقبض فيما يمكن نقله كالطعام والثياب والحيوان ونحو ذلك، يكون إما باستيفاء القدر كميلاً أو وزناً إن كان مقدّراً، أو بنقله من مكانه إن كان جزافاً⁽⁴⁾، ويُرْجَع إلى العرف فيما عدا ذلك⁽⁵⁾.

(1) معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج14، ص336.

(2) الرازي، زين الدين محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت-صيدا، ط5، 1420هـ،

ج1، ص246. و الزبيدي، تاج العروس ، مرجع سابق، ج19، ص5.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص148.

(4) (جزافاً): بتثليث الجيم، والكسر أفصح من غيره، وهو ما لم يعلم قدره على التفصيل. الشوكاني، نيل الأوطار،

مرجع سابق، ج5، ص190.

(5) سيد سابق، فقه السنّة، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، ط3، 1397هـ، ج3، ص68.

واتفق الفقهاء⁽¹⁾ على: أنه إذا تم قبض المعقود عليه قبضاً صحيحاً، فإن الضمان ينتقل إلى القابض، فلا يترتب عليه بعد ذلك شيء من تبعه العيب أو الهلاك بعد القبض، واتفقوا أيضاً: على أن المعقود عليه إذا كان فيه حق التوفية⁽²⁾، ينتقل الضمان فيه بالقبض، كما اتفقوا أن الفاسد لا ينتقل ضمانه إلا بالقبض⁽³⁾.

والقاعدة تعود عن مذهب الحنفية - في غير العقار - في أن الضمان لا ينتقل بمجرد العقد، بل لا بد من القبض الصحيح، ووافقهم على ذلك فقهاء الشافعية ورواية عند الحنابلة⁽⁴⁾، فلو هلك المعقود عليه كالمبيع قبل القبض بأفة سماوية مثلاً، يفسخ البيع، وأما إذا هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه؛ لأنه أتلف مالا مملوكاً لغيره بغير إذنه، وكذلك إن كان التلف بفعل المشتري فعليه الضمان، وإن حصل التلف بفعل البائع قبل القبض، انفسخ البيع ولم يجب الضمان؛ لأن

(1) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص238. والقرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج5، ص121-122. و الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج1، ص405. والرحبياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مرجع سابق، ج3، ص502.

(2) حق التوفية: هو حق يتعلق بالمعقود عليه المتلي لا يتم قبضه ولا اقباضه إلا به، كوزن الموزون وكيل المكيل، وعدّ المعدود. الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير المسمى (أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، دار المعارف، د ط، د ت، ج3، ص196.

(3) البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج3، ص245.

(4) إلا أنهم اختلفوا في كيفية القبض: فذهب جمهور الحنفية إلى أن القبض يتحقق بمجرد التخلية، وهو قول عند الشافعية، أو أن القبض لا يحصل إلا بالنقل كما هو المشهور عند الشافعية والحنابلة. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص238. والنووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج3، ص517-520. و ابن قدامه، المغني، ج4، ص85.

الضمان إنما ينتقل بالقبض، ويكون هذا إذا تلف كل المعقود عليه، أما لو هلك بعضه أو تعيب، فإنَّ العقد يفسخ في القدر التالف، ويثبت خيار الفسخ للطرف الآخر بحصول العيب⁽¹⁾.

وخلاصة القول: إنَّ انتقال الضمان وما يترتب عليه من أحكام، يكون عند الحنفية وكذلك عند الشافعية، ومن وافقهم من الفقهاء⁽²⁾ في جميع الأشياء مطلقاً بالقبض لا بمجرد العقد، وعليه: فقد منع الحنفية بيع المبيع قبل قبضه؛ لأنه يؤرِّي إلى ربح ما لم يُضمن الذي نهى عنه رسول الله -صلى الله عليه وسلم، كما سيتبين ذلك من الأدلة عند الحديث عن تأصيل القاعدة.

وجديرٌ ذكره: أنَّ الكلام في هذه القاعدة جاء عاماً في بيان ضمان البيع، إلا أنه لا يعني خروج باقي عقود الضمان عن هذه القاعدة، بل إن مجال إعمالها يعم جميع هذه العقود⁽³⁾.

• قواعد ذات علاقة بالقاعدة:

وضع العلماء قواعد قريبة من قاعدة البحث، ومنها:

* لا يدخل المبيع في ضمان المشتري إلا بالقبض⁽⁴⁾

(1) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص238. و السرخسي، المبسوط، ج13، ص44.

(2) وكذلك عند المالكية والحنابلة، إذا كان المعقود عليه مما فيه حق توفية، وأما ما ليس فيه حق توفية، فإن ضمانه عندهم ينتقل بمجرد العقد. ينظر: الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك = حاشية الصاوي، مرجع سابق، ج3، ص191. والقرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج5، ص121. وابن قدامه، المغني، ج4، ص85. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج3، ص245.

(3) ينظر: ابن رجب، القواعد، مرجع سابق، ج1، ص55-56. ومعلمة القواعد الفقهية، ج14، ص348.

(4) الشيرازي، أبو اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف، التشبيه في الفقه الشافعي، عالم الكتب، د ط، ج1، ص78.

• الفرع الثاني: تأصيل القاعدة.

1- عن ابن عباس رضي الله عنهما - أن النبي صَلَّى الله عليه وسلّم: { نَهَى أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ

طَعَامًا حَتَّى يَدْتَوْفِيَهُ }⁽¹⁾.

2- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما - أن النبي صَلَّى الله عليه وسلّم قال: { لَا يَحِلُّ

سَدَفٌ ، وَبَيْعٌ ، وَلَا شَرْطَانٍ فِي بَيْعٍ ، وَلَا رِيحٌ مَا لَمْ يَضْمَنْ ، وَلَا يَبِيعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ }⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديثين الشريفين: أن النبي صَلَّى الله عليه وسلّم نهى في الحديث الأول عن بيع الشيء قبل استيفائه وقبضه قبضاً صحيحاً وافياً؛ لأن فيه ربطاً لبيع الشيء قبل أن يقبض، ولئلا يكون متصرفاً في ملك غيره بلا إذنه⁽³⁾، وفي الحديث الثاني نهى عن ربح ما لم يضمن، ولم يفرق بين ما فيه حق التوفية، وما ليس فيه، والمراد به ربح ما بيع قبل القبض، فدل ذلك على أن الضمان لا ينتقل إلا بالقبض؛ لأن المبيع قبل القبض غير مضمون على المشتري، بدليل أن ما حدث به من عيب، يستحق به المشتري الفسخ لأنه من ضمان البائع، يقول الإمام الطحاوي رحمه الله:- "وفي نهيه صَلَّى الله عليه وسلّم - حجة أخرى، وذلك أن المعنى الذي

(1) البخاري، الجامع المسند الصحيح، مرجع سابق، كتاب: البيوع، باب: ما يذكر في بيع الطعام والحكرة. ج3،

ص67، حديث رقم: (2126).

(2) أحمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج2، ص178، حديث رقم (6671) وقال المحقق شعيب

الأرنؤوط: "حديث حسن"، وأخرجه، الترمذي، سنن الترمذي، مرجع سابق، ج5، ص141، حديث رقم (1279)

وقال عنه: "حديث حسن صحيح".

(3) ينظر: المناوي، زين الدين عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين، فيض القدير شرح

الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى-مصر، ط1، ص1356هـ، ج6، ص20.

حرم به على مشتري الطعام بيعه قبل قبضه، هو أن لا يطيب له ربح ما في ضمان غيره ، فإذا قبضه، صار في ضمانه، فطاب له ربحه فجاز أن يبيعه حيث أحب⁽¹⁾.

3- ولأن التسليم واجب على البائع؛ لأنه في يده، إذ المشتري لا يضمن إلا بعد التسليم، فإذا تعذر بتلفه، انفسخ العقد وكان ضمان المبيع عليه، كالمكيل، والموزون، والمعدود⁽²⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

1- إن العقد بصفة الفساد يضعف، فيتأخر الحكم إلى انضمام ما يقوم إليه وهو القبض كعقد التبرع؛ لأنه لو ثبت الملك قبل القبض يثبت بغير عوض، فإن المسمى لا يجب للفساد، والضمن لا يجب إلا بالقبض، فهذا تأخر الملك إلى ما بعد القبض، وهكذا نقول في البيع بشرط الخيار، فإنه انعقد مفيدا لحكمه ولكنه أقر ثبوت الحكم إلى سقوط الخيار، على أن ذلك في معنى المعلق بالشرط؛ لأنه يقول: على أنني بالخيار، والمتعلق بالشرط مقدم قبل الشرط، ألا ترى أنه تعذر إعمال التعليق في أصل السبب فيجعل عاملا في الحكم، وليس من ضرورة الفساد انعدام العقد شرعاً، والدليل عليه أن المقبوض يصير مضموناً، والضمن إنما يجب بطريق الجبران أو بالعقد، وهنا وجوب الضمان ليس بطريق الجبر؛ لأنه يقبضه بإذن المالك فعرفنا أن وجوب الضمان بالعقد المتحقق بالقبض⁽³⁾.

(1) الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار

وأخرون، عالم الكتب، ط1، 1414هـ، ج4، ص40.

(2) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4، ص84.

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص24.

- 2- إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه، هلك من ماله وعلى حسابه ولزمه الثمن، ولا يطالب البائع بشيء؛ لأنه قبض المبيع فصار في ملكه، بخلاف ما لو هلك قبل القبض فالهالك أو الضمان على البائع؛ لأن الضمان لا يجب إلا بالقبض⁽¹⁾.
- 3- لو تصالح شخص مع آخر على مال في حق من الحقوق، وهلك بدل الصلح قبل القبض، فإنه لا يكون من ضمانه؛ لأنه لم يدخل في ملكه بعد، بخلاف ما لو هلك بعد القبض، فإنه من حسابه دون غيره؛ لأنه لا ضمان إلا بالقبض⁽²⁾.
- 4- لو اقترض شخص من آخر مالاً فهلك بعد قبضه هلك على المقرض؛ لأنه بالقبض دخل في ملكه، بخلاف ما لو هلك بعد العقد وقبل القبض، فهلاكه من ضمان المقرض؛ لأنه مازال في يده، ولا يجب الضمان إلا بالقبض⁽³⁾.
- 5- لو أن أحد الورثة اتفق على المخارجه، وهلك بدلها قبل القبض، فإن الهلاك يكون على التركة، بخلاف ما لو هلك بعد أن قبضه المخارج على سبيل التملك والاستحقاق، فإنه من حسابه الخاص دون باقي الورثة⁽⁴⁾.
- 6- لو هلك المسلم فيه قبل القبض كان من ضمان البائع، ولا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض، ويبيعه قبل قبضه يدخل في النهي عن ربح ما لم يضمن⁽¹⁾.

(1) ينظر: المرجع نفسه، ج2، ص174. والكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص240.

(2) ينظر: المرجع نفسه، ج20، ص149. وابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج7، ص257. والكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص55.

(3) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج3، ص364. وابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ج4، ص207. والشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج3، ص35.

(4) معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج14، ص341.

7- نصّت (المادة 371) من مجلة الأحكام العدليّة على أنّ: البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض. يعني أنّ المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع صار ملكاً له فإذا هلك المبيع بيعا فاسداً عند المشتري لزمه الضمان. يعني أنّ المبيع إذا كان من المكيلات لزمه مثله وإذا كان قيمياً لزمته قيمته يوم قبضه⁽²⁾.

المطلب الثاني: قاعدة: الضمان الأصلي في البيع، ضمان القيمة⁽³⁾.

• الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

(1) ينظر: ابن قدامه، المعنى، مرجع سابق، ج4، ص227. وقد وضع العلماء تعليلاً جيداً لمنع بيع الطعام قبل قبضه، ومن أوجز ذلك ما نقله الإمام الدسوقي -رحمه الله- فقال: "لأن الشارع له غرض في ظهوره، فلو أجز بيعه قبل قبضه، لباع أهل الأموال بعضهم من بعض من غير ظهور بخلاف ما إذا منع من ذلك، فإنه ينتفع به الكيال والحمال ويظهر للفقراء، فتقوى به قلوب الناس لا سيما في زمن المسغبة". الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص151.

(2) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج1، ص73.

(3) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص16. و البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ج5، ص285، بلفظ "الضمان الأصلي في البيع- وغيره- ضمان القيمة". وجدّير ذكره: أنّ هذه القاعدة لم يرد ذكرها بنصّها في معلمة القواعد، ولكنّها وردت بصيغة أخرى هي: "الأصل في المتقومات القيمة". معلمة القواعد الفقهية، ج15، ص49. الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ج1، ص518. والرملّي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص351. ومن صيغ القاعدة أيضاً الآتي: 1- (من أتلف متقوماً، فإنه يلزمه ضمانه بقيمته). العزّ بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مرجع سابق، ج2، ص142. 2- (الأصل أنّ من أتلف مقوماً، فعليه قيمته) عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج5، ص92. ووردت في شرح مختصر خليل للخرشي، مرجع سابق، ج6، ص138، بلفظ "من أتلف مقوماً فعليه قيمته".

تعدّ القاعدة واحدة من القواعد المتعلقة بتقدير الضمان وبيان أصله ، وما حمل عليه، وما يدخله الضمان من الأموال القيميّة.

ومفادها: أن الأصل في الضمان هو ضمان القيمة، في البيع وغيره، وفي كل عقد ضمان يخصه، وإنما يكثر ذكر لفظ الضمان في البيوع؛ لكونه فيها أظهر وأكثر استعمالاً⁽¹⁾.

وأما المقصود بالمال القيميّ، فقد نصّت مجلة الأحكام العدليّة على تعريفه في المادة(146): "بأنه ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتدّ به في القيمة"⁽²⁾، وسمّي المال متقوماً؛ لأنّ الشارع اعترف بقيمته الذاتية، وأباح الانتفاع به بكل طرائق الانتفاع، وهو محترم مصون، من تعدّى عليه غرم، وألزم بقيمته أو مثله على حسب الأحوال⁽³⁾، والمال المتقوم يشمل القيميّ والمثليّ.

والقيميّ خلاف المثليّ وهو: ما يوجد في الأسواق، وتتماثل أفراده بحيث يقوم بعضها مقام بعض⁽⁴⁾، أما أفراد القيميّ: فلا تتماثل ولا يقوم بعضها مقام بعض بدون فرق؛ إذ تتفاوت القيمة بها في كل فردٍ عن سواه؛ ولذلك لا يمكن حصر هذه الأفراد من القيميات في أنواع كليّة من الكيل أو الوزن أو العددي المتقارب، أو نحو ذلك؛ لأنّ أفرادها لا يجمعه معيار واحد، ولا يربطها ببعضها مقياس منضبط واحد، فتتفاوت في قيمتها وذلك مثل: "الأشياء القائمة على

(1) ينظر: البورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، ج5، ص285.

(2) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج1، ص33.

(3) ينظر: أبو زهره، محمد الإمام، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ط، د ت، ج1، ص53.

(4) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص161.

التغاير في النوع أو في القيمة أو فيهما معاً، كالحوانات المتفاوتة الأحاد من الخيل والإبل والبقر والغنم ونحوها، وكذلك الدور والمصنوعات اليدوية من حلّي وأدواتٍ وأثاثٍ منزليّ، والتي تتفاوت في أوصافها ومقوماتها، ويتميّز كل فرد فيها بمزايا، لا توجد في غيره، حتى أصبح له قيمة خاصة به⁽¹⁾.

وعدّ الشيء قيمياً أو غير قيميّ، يختلف من زمن لآخر، فكثير من الأشياء التي كانت تعدّ في السابق أشياءً قيميةً، أصبحت الآن من قبيل المثليات، نتيجةً لتطور الصناعات والآلات، إذ أصبحت المصانع تنتج في اليوم الواحد، آلاف السلع المتشابهة، والمتماثلة في الأوصاف والمقاييس بدقةً متناهية.

إذن: فالأصل في هذه الأشياء المتقومة، ضمانها بقيمتها عند التلف، فمن أُلّف شيئاً، أو تسبّب في إتلافه من هذه الأشياء ضمنه بقيمته، فمن أُلّف شجرةً مملوكةً لغيره، ضمنها بقيمتها لا بمثلها، ومن حفر بئراً في الطريق، فتسبب في سقوط دابةٍ فيه ضمنها بقيمتها لا بمثلها؛ " لأنّ ذوات القيم لا يقوم فيها المثل مقام مثله"⁽²⁾.

ويصار إلى القيمة في المثليات، إذا فقدت من الأسواق وتعذّر وجودها، فأصبحت نادرةً ومنها: المصنوعات القديمة، أو إذا اختلطت ببعضها، إذا كانت من جنسين مختلفين كالحنطة مع الشعير مثلاً، صار هذا الخليط قيمياً، وكذلك الحال في كل وحدةٍ لم تعد متساويةً مع نظائرها من وحدات المثليّ، بأن نقصت قيمتها لعيب أو استعمال، فإنها تصبح من القيميات، كالألات

(1) حماد، نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم-دمشق، 1421هـ، ص43.

(2) الخرشي، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج5، ص100.

والسيارات بعد استعمالها، وذلك لتغير أوصافها وقيمتها نتيجةً لهذا العيب أو الاستعمال⁽¹⁾، والقاعدة محلّ اتفاق عند جمهور الفقهاء من الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾.

إلا أن الخلاف بين الفقهاء، في الوقت الذي تجب فيه القيمة عند تلف الشيء المضمون أو فواته، فهل يكون وقت الضمان في يوم التلف، أم بيوم المطالبة بالضمان، أم بيوم الأداء؟

فإذا كان سبب التلف هو العقد، فقد ذهب الحنفية إلى أن المقبوض بعقد فاسد مثلاً، إذا تلف فإنه تجب قيمته يوم القبض لا يوم التلف ولا يوم العقد؛ لأنه بالقبض يدخل المبيع في ضمان المشتري؛ ولأن ما يضمن يوم العقد هو العقد الصحيح⁽⁶⁾.

(1) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص129-133. نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، مرجع سابق، ص43.

(2) السرخسي، المبسوط، ج11، ص51، وج13، ص16. والكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص150-151.

(3) الخرشي، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج6، ص138.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص305. والعز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مرجع سابق، ج2، ص142.

(5) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج3، ص394. وذهب الحنابلة في رواية: إلى أن الأصل في المتلفات ضمان مثلها، بحسب الإمكان المساوي للمتلف، في الجنس والصفة والمالية، والمقصود والانتفاع، مقومة كانت أو مثلية، ولا يصار إلى القيمة، إلا عند تعذر المثل. ينظر: ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1، 1411هـ، ج2، ص20.

(6) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج4، ص125. والبغدادي، أبو محمد غانم بن محمد، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، د ط، د ت، ج1، ص214. وهو رأي المالكية، ينظر:

العدوي، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق:

وأما إذا كان سبب الضمان هو اليد، كما في حالة الغصب مثلاً - ، فقد ذهب الحنفية: إلى أن المغصوب، إذا كان قيمياً وتلف، فالعبرة في ضمانه يوم الغصب، وإذا كان التلف بسبب الاستهلاك، فالعبرة في الضمان بيوم التلف بلا خلاف في المذهب، وأما إذا كان المغصوب من المثليات، وتعذر وجوده، فقد اختلفت الحنفية في وقت وجوبه: "فذهب أبو حنيفة -رحمه الله-: أنه يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون، وهو يوم حكم الحاكم- وهو المعتمد في المذهب-؛ لأن الواجب هو المثل، ولا ينتقل إلى القيمة بمجرد الانقطاع؛ لأن للمغصوب منه أن ينتظر حتى يوجد المثل، وإنما ينتقل بالقضاء، فتعتبر قيمته يوم القضاء، وقال محمد - رحمه الله -: يجب الضمان يوم الانقطاع، ووجه قوله: أن الغصب أوجب المثل على الغاصب، والمصير إلى القيمة للتعذر، والتعذر حصل بسبب الانقطاع، فتعتبر قيمته يوم الانقطاع، كما لو استهلكه في ذلك الوقت، وقال أبو يوسف - رحمه الله -: أن القيمة تجب يوم الغصب، ووجه قوله: أن سبب وجوب ضمان المثل عند القدرة والقيمة عند العجز: هو الغصب، والحكم يعتبر من وقت وجود سببه" (1).

=يوسف البقاعي، دار الفكر-بيروت، د ط، 1414هـ، ج2، ص148-150. أما الشافعية فقالوا: عليه قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف، وفي رواية: أنها تعتبر يوم التلف، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية، ورواية عند الحنابلة، ووجه قولهم، أنه بالإتلاف والهلاك يتقرر الضمان. ينظر: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج3، ص411. والبغدادي، مجمع الضمانات، مرجع سابق، ج1، ص214. و البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج3، ص198.

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج11، ص51، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج7، ص151. و الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج5، ص223-224. ويرى المالكية: أن ضمان القيمة فيما كان مثلياً، يعتبر بيوم الغصب والاستيلاء، لا بحصول المقت، فلا يتغير تقدير الضمان بتغير الأسعار، عقاراً كان أو غيره، ولو تلف بعارض سماوي، أو بجناية غيره عليه، وأما إذا كان المغصوب قيمياً فتلف، فالعبرة بضمان قيمته بيوم الاستهلاك والاتلاف. ينظر، الدسوقي، حاشية الدسوقي على

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية برأي أبي يوسف -رحمه الله-، حيث نصت المادة(891):
أنه يلزم أن يكون الغاصب ضامناً إذا استهلك المال المغصوب، كذلك إذا تلف أو ضاع بتعديده،
أو بدون تعديده يكون ضامناً أيضاً، فإن كان من القيميات، يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب
ومكانه، وإن كان من المثليات يلزمه إعطاء مثله" (1).

• قواعد ذات علاقة بهذه القاعدة.

وضع العلماء قواعد قريبة من قاعدة البحث، ومنها:

1) المبيع بيعاً فاسداً، يضمن بالقيمة في ذوات القيم، لا بالثمن (2).

2) ذوات القيم لا يقوم فيها المثل مقام مثله (3).

3) الغاصب إذا أتلف مقوماً، لزمته قيمته يوم الغصب (4).

=الشرح الكبير للدردير، مرجع سابق، ج3، ص443. وأما الشافعية: فيجب ضمان القيمة في المتقومات عندهم
إذا تلفت، بأقصى قيمتها من وقت الغصب إلى التلف؛ لأنه في حال زيادة القيمة يعد غاصباً مطالباً بالرد، فإن
لم يرد ضمن بدله، وتجب القيمة من نقد البلد الذي حصل فيه التلف، وتفاوت القيمة لزيادة ونقصان في
المغصوب. ينظر: الرافعي، عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، فتح العزيز بشرح الوجيز=الشرح الكبير،
وهو شرح لكتاب الوجيز للغزالي، دار الفكر، د ط، د ت، ج11، ص283. ويرى الحنابلة: أن المعتبر بضمان
المال المتقوم، هو يوم التلف إذا لم تختلف قيمة التالف من يوم الغصب إلى يوم الرد، أما إذا اختلفت القيمة
بزيادة أو النقصان، كأن كان حيواناً صغيراً فكبيراً أو هزل، فالواجب رد أكثر ما تكون عليه القيمة، من حين
الغصب إلى حين الرد؛ لأنها مغصوبة في الحال التي زادت فيها، والزيادة مضمونة لمالكها. ينظر: ابن قدامة،
المغني، مرجع سابق، ج5، ص204-208. والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج4،
ص108.

(1) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج1، ص172.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج2، ص277.

(3) الخرشبي، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج5، ص100.

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مرجع سابق، ج3، ص450.

• الفرع الثاني: تأصيل القاعدة:

يمكن الاستدلال لهذه القاعدة بالآتي:

أولاً: من السنة النبوية: ما جاء عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: { مَنْ أَعَادَ تَقَ شِرْكَاً لَهُ فِي عَدِّ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قَوْمِ الْعَبْدِ عَلَيْهِ قِيمَةَ عِلٍّ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَّهْمُ وَعَدَّقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ، وَإِلَّا فَدَدَ عَدَّقَ مِنْهُ مَا عَدَّقَ }⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالتقويم في حصة الشريك؛ لأنها متلفة بالعتق، ولم يأمر بالمثل؛ لأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها، وتختلف صفاتها، فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها، والنص الوارد في العبد، يكون وارداً في إتلاف كل ما لا مثل له⁽²⁾.

ثانياً: من المعقول: حيث إن اعتبار المثل الكامل - وهو المماثل صورة ومعنى - غير ممكن، فوجب اعتبار المثل بالمعنى، وهو القيمة؛ لأنه المثل الممكن، فتقوم مقامه، وتسد مسدّه، ولأن غير المثلي لا تتساوى أجزاؤه، وتتباين صفاته؛ فالقيمة فيه أعدل وأقرب إليه⁽³⁾.

(1) البخاري، الجامع المسند الصحيح، مرجع سابق، كتاب العتق، باب: إذا أعتق عبداً بين اثنين، أو أمة بين الشركاء، ج3، ص144، حديث رقم: (2522).

(2) ينظر: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج4، ص108. و الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص171. و ابن بطال، شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ج7، ص36.

(3) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص150. والبهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج4، ص108. ومعلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج15، ص54.

• الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

تتوّعت تطبيقات هذه القاعدة، فشملت أبواباً مختلفةً من أبواب الفقه، كالجنايات، والديّات، والعق، والإقرار، وكان باب المعاملات هو الأوسع في تطبيق فروع هذه القاعدة، ومن هذه التطبيقات الآتي:

1) إذا استام⁽¹⁾ شيئاً، وقبضه قبل تمام العقد، ثم استهلكه، أو هلك في يده، فعليه قيمته، وكذلك كل شيء فسد فيه البيع، فالمشتري إذا استهلكه، فهو ضامن لقيمته بالغة ما بلغت؛ لأن الضمان الأصلي في البيع ضمان القيمة⁽²⁾.

2) إذا باع الوكيل شيئاً، بيعاً فاسداً، فهلك عند المشتري - فعليه قيمته، كما لو باعه الموكل بنفسه بيعاً فاسداً؛ وهذا لأن الضمان الأصلي في المبيع، هو ضمان القيمة، وإنما يتحول إلى المسمى عند صحة التسمية، ولم تصح التسمية للفساد، فيبقى مضموناً بالقيمة⁽³⁾.

3) جاء في المادة (298) من مجلة الأحكام العدلية أنه: "لو قال البائع للمشتري: ثمن هذه الدابة ألف قرش، اذهب بها، فإن أعجبتك اشتريها، فأخذها المشتري على هذه الصورة ليشتريها، فهلكت

(1) السوم: بوزن (النوم)، قد يضاف إلى البائع فيسمى سوم البائع: وهو تعيين الثمن لمتاع معروض للبيع. وقد يضاف إلى المشتري، فيسمى سوم المشتري أو سوم الشراء: وهو أن يأخذ المشتري من البائع مالاً على أن يشتريه، فيعرض المشتري ثمناً آخر. و سوم النظر: هو المال الذي يقبض، لينظر إليه ووى أمانة. ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 283.

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 13، ص 16. والبورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ج 5، ص 286.

(3) السرخسي، المبسوط، ج 19، ص 52.

الدابة في يده لزم عليه أداء قيمتها للبائع⁽¹⁾؛ لأن الضمان الأصلي في المتقومات: ضمان القيمة.

(4) استأجر داراً أو أرضاً بما لا يصلح إجازةً، فالإجازة فاسدةٌ، وعليه أجر المثل إذا انتفع بالمؤجر؛ لأن الأصل ضمان القيمة فيما لا مثل له⁽²⁾.

(5) إذا استأجر سيارة أو دابة للركوب، فاستخدمها في حمل البضائع فتلفت، فإنه يضمنها بقيمتها إذا لم يكن لها مثل، وهذا ما تضمنته المادة (550) من مجلة الأحكام العدلية⁽³⁾.

(6) من اشترى داراً على أن ينفق على البائع مدة حياته كان البيع فاسداً؛ لأنه غرر؛ لجهل مدة حياته، وما ينفق عليه فيها، فإن وقع ذلك، وحصل القبض، وأنفق المشتري على البائع مدة، وجب عليه أن يرد الدار إلى البائع، ويرجع عليه بقيمة ما أنفق إذا كان مقوماً⁽⁴⁾.

(7) نصت المادة (196) من مجلة الأحكام العدلية أنه: "إذا هلك أحد البديلين في بيع المقايضة⁽⁵⁾ جازت الإقالة في البديل الآخر؛ لأن كل بدل منهما هو المبيع من وجه، فبقاء أحدهما يبقى البيع قائماً فيمكن رفعه وإقالته، ويُنظر في البديل الهالك، فإن كان قيمياً رُبّت قيمته"⁽⁶⁾؛ لأن الأصل ضمان القيمة في المقومات.

(1) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص283.

(2) ينظر: البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج5، ص286.

(3) ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص89.

(4) معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج15، ص55.

(5) المقايضة: بيع عين بعين، أو السلعة بالسلعة. شيخي زاده، مجمع الأنهر، مرجع سابق، ج2، ص2.

(6) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص171. وينظر: ابن عابدين، رد

المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص129.

الفصل الثالث

القواعد الفقهيّة المذكورة في باب الخيار في البيوع، والعيوب فيها.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: القواعد الفقهيّة المذكورة في باب الخيار في البيوع.

المبحث الثاني: القواعد الفقهيّة المذكورة في باب العيوب في البيوع.

تمهيد:

ضبط الإمام السرخسي -رحمه الله- المسائل الفقهيّة التي وردت في كلّ من باب الخيار في البيوع، والعيوب فيها، بقواعد فقهيّة، اندرجت تحتها تلك الفروع، ولعلّ من أبرزها وأهمّها، ما أمسك بزمام الشروط فيها، فكان كلّ شرطٍ يخالف مقتضى شرع الله وحكمه، باطلاً باتفاق المسلمين في كل العقود، وكذلك كلّ شرطٍ يخالف مقتضى العقد، ويعطلّ ركناً من أركانه، ولا يحقّق مصلحة لكلا العاقدين، فليس له أي اعتبار أو شرعيّة، حتى لو رضي به الطرف الآخر.

كما حدّدت هذه القواعد، العقود التي يجوز تعليقها، أو التي لا يجوز تعليقها على الشروط، فعقود المعاوضات أو التمليكات لا يصحّ تعليقها؛ لأنّ تعليقها على تلك الشروط مخالف لمقتضاها، إذ الأصل فيها النفاذ واللزوم، وثبوت الملك لطرفي العقد، إلا ما خرج بالدليل كاشتراط الخيار مثلاً.

وأما في باب العيوب في البيوع، فقد أضاف الإمام السرخسي العيب الحادث على المبيع بعد القبض، إلى أقرب أوقاته، استناداً على ما قرّره القاعدة الفقهيّة من " أن الحوادث يحال بحدوثها على أقرب الأوقات"، وأنّ للأجير أو الوكيل أو المضارب، أن يردّ ما اشترى بالعيوب من غير رضا ربّ المال؛ لأنّ يده كيد المالك.

وبيان ذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: القواعد الفقهية المذكورة في باب الخيار في البيوع.

المطلب الأول: قاعدة: كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل⁽¹⁾.

• الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

تعني القاعدة: أن أي شرط يتضمّن مخالفةً لأسس الشريعة التي قررها القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، فإن التعاقد على أساسه يكون باطلاً، إذ المقصود بما ليس في كتاب الله: "ما ليس في حكم الله وشرعه"⁽²⁾، "فمن اشترط في الوقف، أو العتق، أو الهبة، أو البيع، أو

⁽¹⁾ السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص42. وج10، ص129. الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج5، ص79. والشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج3، ص197. والقاعدة نصّ من حديث شريف رواه الإمام البخاري من حديث عائشة رضي الله عنها-، قالت: أنتها بريرة تسألها في كتابتها، فقالت: إن شئت أعطيت أهلك ويكون الولاء لي، وقال أهلها: إن شئت أعطيتها ما بقي ويكون الولاء لنا، فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرته ذلك، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: " أَبْتَاعِيهَا فَأَعْتِقِيهَا، فَإِنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ"، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر فقال: « مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا، لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مِنْ أَشْرَاطِ شُرُوطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فُلَيْسَ لَهُ، وَإِنْ أَشْتَرَطَ مَا أَنَّهُ مَوْتٌ ». البخاري، الجامع المسند الصحيح=صحيح البخاري، مرجع سابق، ج1، ص98، حديث رقم(456).

جدير ذكره: أن القاعدة وردت بصيغ أخرى منها: 1- (كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل)، ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ج5، ص353. 2- (الشرط المخالف لحكم الشرع باطل)، السرخسي، المبسوط، ج5، ص221. 3- (الشرط الذي جرى مخالفاً لحكم الشرع يكون باطلاً)، السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، شرح السير الكبير، الشركة الشرقية للاعلانات، د ط، 1971م، ج1، ص1753.

⁽²⁾ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج2، ص665.

النكاح، أو الإجارة أو النذر، أو غير ذلك، شروطاً تخالف ما كتبه الله على عباده، بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله عنه، أو النهي عما أمر به، أو تحليل ما حرّمه، أو تحريم ما حلّ له، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود⁽¹⁾.

وإذا كان الشرط يعطل ركناً من أركان العقد، أو يعارض مقصوداً أصلياً له، كان باطلاً، لا يترتب عليه أثر من الآثار، فلا يثبت حقاً، ولا يفيد ملكاً، كاشتراط عدم حلّ الزوجة لزوجها في عقد النكاح، أو اشتراط المؤجر عدم الإنتفاع بالعين المؤجرة في الإجارة، فمثل هذه الشروط تتنافى مع مقتضيات عقودها⁽²⁾؛ فلا يعتدّ بها، وليس لها أي اعتبارٍ أو شرعية، حتى لو رضي بها الطرف الآخر من أطراف العقد.

والشرط المراد بالقاعدة: ما قصده الفقهاء من مفهومي الشرط والاشتراط: وهو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه من العقود⁽³⁾، وهو الشرط الجعلي: أي: ما كان من وضع المكلف، لا من وضع الشارع، لذا فرّق الفقهاء بين شروط العقد - شروط صحة العقد -، والشروط في العقد:

(1) شيخ الإسلام، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج4، ص248.

(2) والمقصود بمخالفة الشرط لمقتضى العقد: أن يشترط أحد العاقدين على الآخر شرطاً، مخالفاً لأحكام العقد وآثاره التي تترتب عليه في أصل وضعه، كأن يشترط الزوج على زوجته أن لا يكون لها مهراً ولا نفقة في عقد النكاح، ومثل هذه الشروط باطلٌ باتفاق الفقهاء، فقد توالى عباراتهم على إهدار كل شرط من هذه الشروط. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص171. والقرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج8، ص98. و الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص34. وابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ج4، ص157.

(3) ينظر: المناوي، فيض القدير، مرجع سابق، ج2، ص173.

وهي ما يشترطه أحد المتعاقدين أو كلاهما في العقد، من شروط لا تكون أصلاً فيه، بقصد إلزام الآخر إتمام المنفعة من العقد، بما لا يخالف مقتضى الشرع ومقصوده⁽¹⁾.

وقد ضبط شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله- أصل المسألة في العقود والشروط فيها، فيما يحل ويحرم، وما يصح منها ويفسد فقال: "والذي يمكن ضبطه فيها قولان: أحدهما: أن يقال: الأصل في العقود والشروط فيها: الحظر، إلا ما ورد الشرع بإجازته. فهذا قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة تنبني على هذا، وكثير من أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد... أما أبو حنيفة: فأصوله تقتضي أنه لا يصح في العقود شروطاً يخالف مقتضاها في المطلق، وإنما يصح الشرط في المعقود عليه، إذا كان العقد مما يمكن فسخه، ولهذا أبطل أن يشترط في البيع خيار، ولا يجوز عنده تأخير تسليم المبيع بحال، ولهذا منع بيع العين المؤجرة... ولم يصح في النكاح شرطاً أصلاً؛ لأن النكاح عنده لا يقبل الفسخ. ولهذا لا يفسخ عنده بعيب أو إفسار أو نحوهما. ولا يبطل بالشروط الفاسدة مطلقاً. وإنما صح أبو حنيفة خيار الثلاثة الأيام؛ للأثر⁽²⁾، وهو عنده موضع استحسان.

⁽¹⁾ ينظر: ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، مرجع سابق، ج4، ص51-52. ومعلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج15، ص227. ينقسم الشرط عند علماء الفقه إلى نوعين: - الشرط الشرعي: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء في الشرع. - والشرط الجعلي الذي عليه مدار هذه القاعدة: وهو ما يشترطه أحد المتعاقدين أو كلاهما.

⁽²⁾ وهو ماروي من أن حبان بن منقذ كان يغبين في التجارات، فشكا أهله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له: { إِذَا أَنْتَ بَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ، ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ بَيْعٍ تَبْتَاعُهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ }، ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، مكتبة أبي المعاطي، كتاب الأحكام، ج3، ص441، وحسنه الألباني، ينظر: الألباني، صحيح الجامع، مرجع سابق، ج4، ص347، حديث رقم: (1415).

القول الثاني: أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دلّ الشرع على تحريمه وإبطاله، نصّاً أو قياساً، عند من يقول به. وأصول أحمد المنصوصة عنه: أكثرها يجري على هذا القول. ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه⁽¹⁾.

أما أقسام الشروط مع مشروطاتها فقد أجملها الإمام الشاطبي - رحمه الله - في ثلاثة أقسام، ووضع معياراً فاصلاً فرّق على أساسه بين الشرط الصحيح والشرط الباطل، فقال: " الشرط مع مشروطاتها على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مكّلاً لحكمة المشروط وعاضداً لها، بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال؛ كاشتراط الصيام في الاعتكاف عند من يشترطه، واشتراط الكفء والإمساك بالمعروف والتسريح بإحسان في النكاح، واشتراط الرهن والنقد أو النسيئة في الثمن في البيع، وكذا اشتراط الحول في الزكاة، فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعاً؛ لأنه مكّمل لحكمة كل سبب يقتضي حكماً.

والثاني: أن يكون غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكّلاً لحكمته، بل هو على الضدّ من الأول، كما إذا اشترط في الصلاة أن يتكلّم فيها إذا أحبّ، أو اشترط في الاعتكاف أن يخرج عن المسجد إذا أراد، بناءً على رأي الإمام مالك، أو شرط في البيع أن لا ينتفع بالمبيع، أو إن انتفع؛ فعلى بعض الوجوه دون بعض، وما أشبه ذلك؛ فهذا القسم أيضاً لا إشكال في إبطاله؛ لأنه منافٍ لحكمة السبب؛ فلا يصح أن يجتمع معه.

(1) شيخ الإسلام، تقي الدين أبو العباس الحراني، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، دار

والثالث: أن لا يظهر في الشرط منافاةً لمشروطه، ولا ملاءمة، وهو محل نظر؛ هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة؛ أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهراً؟ والقاعدة المستمرة في أمثال هذا: التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات: لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن؛ إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات؛ فكذا ما يتعلق بها من الشروط، وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه⁽¹⁾.

والقاعدة محل اتفاق بين الفقهاء في أصلها⁽²⁾، قال ابن بطّال - رحمه الله -: " أجمع العلماء: أن من شرط، ما لا يجوز في السُّدَّة، أنه لا ينفعه شرطه ذلك، وأنه مردود، في بيع كان الشرط، أو

(1) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج1، ص438-440.

(2) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص241. والمواق، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج6، ص547. والشرييني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص376. وابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج4، ص77. خالف الظاهرية جمهور الفقهاء في أصل القاعدة، فقد أخذوا بظاهر الحديث الصحيح، ولم يصحوا من الشروط إلا ما ورد النص بجوازه، وقالوا: "إن الأصل في العقود والشروط فيها الحظر، إلا ما ورد الشرع بإباحته". ينظر: ابن حزم، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج6، ص468. و ج8، ص375. أما الجمهور فقالوا: أن الشرط المقصود من الحديث، هو كل شرط خالف حكم الله وشرعه بوجه من الوجوه المعتبرة فيكون باطلاً، لا أن كل شرط لم يُنصّ عليه في الكتاب والسنة يكون باطلاً، كما قال الظاهرية. ينظر: ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج1، ص551. وابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج8، ص448.

عتق، أو غير ذلك من الأحكام؛ لأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لم يخص شيئاً دون غيره، بل عم الأشياء كلها، في حديث بررة⁽¹⁾.

وتنقسم الشروط عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام: صحيح، وباطل، وفساد، فهم يفرقون بين الباطل والفساد، فالفساد عندهم أعم من الباطل، فكل باطل فاسد، وليس كل فاسد باطل.

ويكون الشرط صحيحاً عندهم: إذا كان موافقاً لمقتضى العقد، فهذا الشرط لا يضيف جديداً على العقد؛ لأن العقد يقتضيه في ذاته، دون حاجة لشرطه، كاشتراط المشتري تسليم البائع، واشتراط البائع تسليم الثمن، فهذه شروط يقتضيها عقد البيع أصلاً⁽²⁾.

وكذلك لو كان الشرط مؤكداً لمقتضى العقد: وهذا الشرط ليس له أثر من آثار العقد، إلا أنه يؤكد ما أوجبه العقد، ولا يخالف ما اقتضاه العقد، يقول الإمام الكاساني رحمه الله: "... وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد، لكنه ملائم للعقد، لا يوجب فساد العقد أيضاً؛ لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى، مؤكداً إياه، فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد، وذلك نحو: ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً، أو كفيلاً، والرهن معلوم والكفيل حاضر فقبل"⁽³⁾.

وكذلك لو كان الشرط مما ثبت بدليل شرعي: فهو ليس مما يقتضيه العقد، ولا يؤكد مقتضاه، لكنه ثبت بالدليل، كالخيار في البيع، فهو يخالف ما يقتضيه العقد وهو اللزوم، ولكنه جاز لورود

(1) ابن بطال، شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ج7، ص79. إلا أن الخلاف بين الفقهاء في مدى تأثير مثل هذه الشروط في العقود والتصرفات، فهل يبطلها الشرط الباطل، أم يفسد الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً؟ والخلاف راجع إلى اختلاف المذاهب في المعايير والضوابط الخاصة في تحديد الشرط المفسد من غيره، مما لا يتسع المقام لذكره هنا.

(2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص166.

(3) المرجع نفسه، ج5، ص171.

الدليل، وهو ما روي من أن حبان بن منقذ كان يغبن في التجارات، فشكا أهله إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال له: { إِذَا أَنْتَ بَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ (1)، ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ بَيْعٍ تَبْدَأُهُ بِالْخَيْرِ ثَلَاثَ لَيَالٍ } (2).

فكل شرط ورد الدليل بجوازه، فهو جائزٌ وصحيحٌ، وإن خالف مقتضى العقد (3).

وكذا يصح الشرط إذا كان مما جرى به العرف الصحيح: كما إذا اشترى نعلًا على أن يحذوه البائع، أو جرابًا على أن يخرزه له خفًا، أو ينعل خفه، والقياس أنه لا يجوز، وهو قول زفر - رحمه الله - ووجه القياس: أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسدٌ، كما إذا اشترى ثوبًا بشرط أن يخيطة البائع له قميصًا ونحو ذلك، أما أبو حنيفة وصاحباه، فقالوا: إن الناس تعاملوا في البيع كما تعاملوا في الاستصناع، فسقط القياس بتعامل الناس، كما سقط في الاستصناع (4).

ويكون الشرط فاسدًا عند الحنفية إذا كان مخالفًا لمقتضى العقد، أو كان فيه مصلحة لأحد المتعاقدين، وفي ذلك يقول الزيلعي: "حقيقة الشروط الفاسدة، هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا

(1) سبق بيان معنى الخلابة، ينظر: صفحة 56، هامش (3)

(2) ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، مكتبة أبي المعاطي، كتاب الأحكام، ج3، ص441، وحسنه الألباني، ينظر: الألباني، صحيح الجامع، مرجع سابق، ج4، ص347، حديث (1415).

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص42. والكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص174.

(4) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص172.

بلائمه، فيكون فيه فضل خالٍ عن العوض⁽¹⁾؛ كما إذا باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً ونحو ذلك.

وفرق الحنفية في أثر مثل هذه الشروط بين عقود المعاوضات والتبرعات، ففي المعاوضات كالبيع والإجارة والمزارعة وغيرها من عقود المعاوضات، فإن الشرط الفاسد يفسد العقد الذي يقترن به ذلك الشرط، وأما في عقود التبرعات كالهبة والقرض، والشركة والوصية والمضاربة، وكذلك المعاوضات غير المالية كالنكاح والخلع على مال، فهذه العقود لا تبطل بالشرط الفاسد، فيلغو الشرط ويصح العقد⁽²⁾.

والشرط الباطل ليس مما ذكر سابقاً، فهو كل شرط لا يقتضيه العقد، وفيه مضرّة لأحدهما، أو ليس فيه منفعة ولا مضرّة لأحدٍ منهما، أو فيه منفعة لغير المتعاقدين والمبيع، كشرط أن لا يبيع المبيع ولا يهبه، ولا يلبس الثوب، ولا يركب الدابة، ولا يأكل الطعام، أو على أن يقرض أجنياً دراهم، ونحو ذلك، فإنه يجوز البيع ويبطل الشرط لأنه لا يستحقه أحد، فيلغو بخلّوه عن الفائدة، سواءً أكان ذلك في عقود المعاوضات المالية أم غير المالية كالزواج وغيره⁽³⁾.

(1) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج4، ص131.

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص13. والكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص175. والكمال ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج6، ص78. والشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن، الحجة على أهل المدينة، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني، عالم الكتب-بيروت، ط3، 1403هـ، ج3، ص22.

(3) ينظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج2، ص25. والكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص170.

• قواعد ذات علاقة بالقاعدة:

وضع العلماء قواعد قريبة من قاعدة البحث، ومنها:

(1) كل شرط يخالف مقتضى العقد، فهو باطل⁽¹⁾.

(2) كل ما كان حراماً بدون الشرط، فالشرط لا يبيحه⁽²⁾.

• الفرع الثاني: تأصيل القاعدة.

كثيرة هي النصوص التي دلت على عدم جواز مخالفة العبد لما اقتضته مبادئ الشريعة، ولا شك أن اشتراط ما خالف تعاليم نصوص القرآن والسنة، يدخل في عموم النهي الوارد في هذه الأدلة، ومما يمكن الاستدلال به الآتي:

(1) قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْقُذُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾

(الحجرات: 1).

ووجه الدلالة: أن النهي في الآية الكريمة عام، في كل ماجاء مخالفاً لكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم قال أبو بكر الجصاص -رحمه الله-: "اعتبرت عموم الآية في النهي عن مخالفة النبي صلى الله عليه وسلم في قول أو فعل"⁽³⁾. وشرط ما خالف كتاب الله تعالى، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، داخل في عموم هذا النهي.

(1) الشلبي، حاشية الشلبي على تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج5، ص156.

(2) شيخ الإسلام، القواعد النورانية، مرجع سابق، ج1، ص199.

(3) الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد شاهين، دار الكتب العلمية،

بيروت-لبنان، ط1، 1415هـ، ج3، ص528.

1- ما رواه الإمام البخاري من حديث عائشة-رضي الله عنها-، قالت: أتتها بريرة تسألها في كتابتها، فقالت: إن شئت أعطيت أهلك ويكون الولاء لي، وقال أهلها: إن شئت أعطيتها ما بقي ويكون الولاء لنا، فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرته ذلك، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: { اَبْدَاعِيهَا فَأَعْقِيهَا، فَإِنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ }، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر فقال: { مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا، لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مِنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَلَيْسَ لَهُ، وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ } (1).

والحديث واضح الدلالة: على أن مثل هذه الشروط التي تخالف ما جاء في كتاب الله من أحكام وتعاليم تكون باطلة؛ لأن العموم في قوله صلى الله عليه وسلم: { وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ }، دالٌّ على بطلان جميع الشروط، التي من هذا القبيل، وقوله صلى الله عليه وسلم: "وإن اشترط مائة مرة"، خرج مخرج التأكيد والتكثير، يعني: أن الشروط غير المشروعة باطلة ولو كثرت، ويستفاد منه أن الشروط المشروعة صحيحة (2).

2- الإجماع: فقد أجمع المسلمون على بطلان كل شرط خالف حكم الشرع من كتاب وسنة (3).

(1) سبق تخريجه، ينظر صفحة 128، هامش 2.

(2) ينظر: ابن حجر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ج 5، ص 189

(3) شيخ الإسلام، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج 4، ص 248. وابن بطّال، شرح صحيح البخاري، مرجع سابق ج 7، ص 79.

• الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

تعدّ عقود المعاوضات الماليّة كالبيع، والإجارة وغيرها، وكذلك العقود غير الماليّة وعقود التبرعات كالهبة والقرض والوصية والشركة والمضاربة، هي المجال الأوسع في تطبيق هذه القاعدة؛ إذ يظهر في مثل هذه العقود أثر بطلان الشروط المخالفة لمقتضى الشرع.

(1) إذا قال: بعثك هذه السلعة بشرط أن لا تتبعها لأحد، أو بشرط أن لا تهبها لأحد، أو لا تتصقّ بها على أحد، فالشرط باطل؛ لأنه يخالف مقصود العقد، ومن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل⁽¹⁾.

(2) إذا استأجر أجنبياً وشرط عليه أن لا يصليّ الصلوات التي تتخلّل فترة عمله، كان هذا الشرط باطلاً، لايحلّ الوفاء به، وكان ما يأخذه عن العمل الذي يعمل بمقدار الصلاة خبيثاً، مع أن جنس العمل بالأجرة جائز، لكن بشرط أن لا يتعدى على فرائض الله، وهذا الشرط ومثله، فيه تعدّد ومخالفة لفرائض الله وأوامره، وكل شرط يخالف كتاب الله فهو باطل⁽²⁾.

(3) إن شرط الراهن بالرهن شرطاً ينافي مقتضاه، مثل أن يقول: رهنتك على أن لا أسدّمه، أو على أن لا يبيع في الدين، أو على أن منفعتك لك، فالشرط باطل؛ لأنه مخالف لمقتضى العقد؛ ولأن كل شرط يخالف كتاب الله فهو باطل⁽³⁾.

(4) لو دفع رجل إلى آخر مالاً ليتاجر به، واشترط عليه ابتداء أن يكون الربح معلوماً-كدراهم معلومة مثلاً- فلا تصحّ الشركة؛ لأنّ المال قد لا يربح غيره، فيختص به دون الآخر، أو لا يربح أصلاً، وهو مناف لمقتضى الشركة، وكذا إذا شرط عليه ربح عين معلومة، كثوب

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج13، ص13، وابن مفلح، المبدع، مرجع سابق، ج4، ص55-56.

(2) ينظر: شيخ الإسلام، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج29، ص291.

(3) ينظر: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص94.

بعينه، أو شرط عليه ربح عين مجهولة، كريح ثوب، لا تصح أيضاً؛ لأن الشرط مخالف لمقتضى الشركة، وكذلك في المساقاة والمزارعة، فلا يصحان إن شوط لعامل جزء مجهول أو معلوم من الربح؛ لأن مثل هذه الشروط مخالف لمقتضى العقد، وكل شرط ينافي حكم الله فهو باطل⁽¹⁾.

(5) من باع شيئاً على أنه بريء من كل عيب فيه، خفياً كان أم ظاهراً، علمه البائع أو لم يعلمه، كان الشرط باطلاً، ولا يبرأ البائع من شيء من العيوب، ولا يسقط حق الرد؛ وذلك لأنه خيار ثابت بالشرع، فلا ينفي بالشرط؛ ولأنه من باب الغرر فيما لم يعلمه، ومن باب الغش والغبن إذا علمه، وهما منفيان شرعاً وكل شرط مناف لمقتضى حكم الشرع، فهو باطل⁽²⁾.

(6) إذا اشترط الدائن على المدين أنه لو لم يؤد الدين عند الأجل المحدد، فعليه أن يدفع كل شهر أو كل يوم كذا من المبلغ؛ جزاءً على التأخير، فهذا من مواد الشروط الجزائية الباطلة، لأن الزيادة ربا، حيث إن حقيقة الربا في القرض، راجعة إلى أخذ الزيادة في مقابل إمهال المدين وتأخير مطالبته بالدين، وهذا باطل؛ لأن كل ما ليس في كتاب الله، وأحكامه من قبيل هذا الشرط، فهو باطل⁽³⁾.

(1) ينظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج2، ص209. وابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج5، ص23. و علي حيدر، درر الحكام، مرجع سابق، ج3، ص470.

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص42. و الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج5، ص272-273. و ابن قدامة، المغني، ج4، ص129. ومعلمة القواعد الفقهية، ج15، ص246.

(3) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجده، ج12، ص583.

المطلب الثاني: قاعدة: عقود المعاوضات لا تحتل التعليق بشرط⁽¹⁾.

• الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

تفيد القاعدة: أن عقود المعاوضات وهي: العقود التي تشتمل على بدلين عوض ومعوّض، كالبيع والإجارة والنكاح والمزارعة وغيرها، لا تقبل التعليق بالشرط، وذلك بأن يقصد العاقدان إيقاع العقد عند حصول الشرط، فيبقى العقد معلقاً، لا ينفذ ولا يلزم إلا بلزوم الشرط ووفائه، لأنّ تعليقها على تلك الشروط مخالف لمقتضاها، إذ الأصل فيها النفاذ واللزوم، وترتب آثارها عليها، بمجرد الإيجاب والقبول، وأول هذه الآثار: ثبوت ملك العوضين بين طرفي العقد، ونقل الملك يستلزم الجزم، "ولا جزم مع التعليق"⁽²⁾.

وأما المقصود بالتعليق: فهو التزام أمر، لم يوجد في أمر، يمكن وجوده في المستقبل⁽³⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص40. والبورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج5، ص430. وجدير ذكره: أن القاعدة وردت بصيغ أخرى منها: 1- (العقود لا يجوز تعليقها)، الخرخسي، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج3، ص133. 2- (تعليق التمليك بالشرط لا يصح)، الكرابيسي، أسعد بن محمد بن الحسين، أبو المظفر النيسابوري، الفروق، تحقيق: محمد طوموم وآخرون، وزارة الأوقاف الكويتية، ط1، 1402هـ، ج1، ص183. 3- (التملكات بأسرها لا يجوز تعليقها)، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج8، ص278.

(2) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص415.

(3) القرافي، الذخيره، مرجع سابق، ج13، ص218.

أو هو: ربط حصول مضمون جملة، بحصول مضمون جملة أخرى تليها⁽¹⁾، سواء أكان الربط بإحدى أدوات الشرط أم بما يقوم مقامها في إفادة الربط.

وقد بين الإمام الزركشي - رحمه الله - الفرق بين التعليق والشرط فقال - رحمه الله - "الفرق بين التعليق والشرط، أنّ التعليق ما دخل على أصل الفعل بأداته، كأن وإذا، والشرط: ما جزم فيه بالأصل، وشرط فيه أمرٌ آخر، الأول: نحو إذا جاء رأس الشهر أعتقتك ، والشرط: أعتقتك على أن تخدمني شهراً"⁽²⁾.

وأما أقسام التصرفات من حيث قبولها للشرط والتعليق، فقد أجملها الإمام القرافي - رحمه الله - فقال: "إنّ الحقائق في الشريعة على أربعة أقسام"⁽³⁾:

❖ القسم الأول: ما يقبل الشرط والتعليق عليه، كالطلاق.

❖ القسم الثاني: ما لا يقبلهما، أي لا يقبل الشرط ولا التعليق، كالإيمان بالله تعالى، والدخول في الدين.

(1) ينظر: ابن أمير الحاج، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد، التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام، دار الكتب العلمية، ط2، 1403هـ، ج12، ص72. والقرآءة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص339.

(2) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج1، ص370.

(3) القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج1، ص396-397. والزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج1، ص370.

❖ **القسم الثالث:** ما يقبل الشرط دون التعليق عليه، من نحو البيع والإجارة، فإنه يصحّ أن يقال: بعتك على أن تأتي بالرهن أو الكفيل بالثمن، أو غير ذلك من الشروط المقارنة لتجيز البيع، ولا يصحّ التعليق عليه، بأن يقول: إن قدم زيد فقد بعتك أو آجرتك؛ لأن انتقال الأملاك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق.

❖ **والقسم الرابع:** ما يقبل التعليق على الشرط دون مقارنته، من نحو الصلاة والصوم، فلا يصحّ أن يقول: أدخل في الصلاة على أن لا أسجد، أو على أن أسلم بعد سجدة، ونحو ذلك، ولا أدخل في الصوم على أن لي الاقتصار على بعض يوم، ويصحّ تعليقه على الشرط بأن تقول: إن قدم زيد فعليّ صوم شهرٍ أو صلاة مائة ركعة، ونحوها من الشروط في الندور، ويُعلم بذلك أنه لا يلزم من قبول التعليق قبول الشرط، ولا يلزم من قبول الشرط قبول التعليق.

والقاعدة محل اتفاق عند جمهور الفقهاء⁽¹⁾، فقد اتفقوا على أن عقود المعاوضات المحضّة، وكذلك عقود التبرعات، لا تقبل التعليق بالشرط؛ لأن مقتضاها ثبوت الملك بمجرد الإيجاب والقبول، واستثنوا من ذلك بعض العقود، كالوصية إذا علقت على شرط الموت، فإنها تصحّ على خلاف القياس⁽²⁾.

واختلفوا في شرط الخيار في البيع، هل يعدّ استثناءً من القاعدة، نظراً لورود الدليل عليه، في قول النبي صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ، وقد كان يغبين في البيوع: "إِذَا أَنْتَ بَايَعْتَ،

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج13، ص40. و الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، مرجع سابق، ج5، ص38. و الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1، ص266. و ابن قدامه، موفق الدين عبد الله بن أحمد الجماعيلي المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ، ج2، ص18.

(2) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص417.

فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ، ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سَلْعَةٍ أَبْتَعَهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ⁽¹⁾، ونظراً لحاجة الناس لمثل ذلك الشرط في التمهّل ودفع الغرر وغير ذلك، يقول الإمام السرخسي -رحمه الله-: "في الحديث دليل جواز البيع مع شرط الخيار، والقياس يأبى ذلك؛ لأن شرط الخيار يعلّق العقد، وعقود المعاوضات لا تحتل التعليق، ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وموجبه وهو الملك، ولكننا نقول: تركنا هذا القياس للحديث، ولحاجة الناس إلى ذلك، فالبيع عقد معاينة، والمقصود به الاسترباح، ولا يمكنه تحصيل ذلك، إلا أن يرى النظر فيه، ويريه بعض أصدقائه، فيحتاج لأجل ذلك إلى شرط الخيار، فإذا كانت تجوز بعض العقود لحاجة الناس كالإجارة ونحوها فشرط الخيار في العقد أولى"⁽²⁾، فالتجيز شرط في عامة العقود، إلا ما خرج بالدليل.

وأما الأمور التي يرد عليها التعليق بالشرط فثلاثة أنواع⁽³⁾:

1- ما يصحّ تعليقه بمطلق الشرط، ملائماً كان أم غير ملائم، وهي الإسقاطات المحضة⁽⁴⁾ التي يحلف بها، يقول ابن نجيم: "والتعليق بالشروط مختصّ بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها

(1) سبق تخريجه والحكم عليه، ينظر صفحة 56، هامش (4).

(2) السرخسي، المبسوط، ج13، ص40-41. أما الشافعية: فقد علّوا جواز شرط الخيار في البيع، بأنه من قبيل الشروط الجائزة في البيع، وليس من قبيل التعليق، كما إذا شرط أن يأتي برهن أو كفيل أو نحوه، ينظر: الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج1، ص374.

(3) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص416.

(4) يقصد بالإسقاطات: إسقاط الحق أو الملك، وتنقسم إلى إسقاطات محضة: وهي التي ليس فيها معنى التمليك، ولم تقابل بعوض كالعتق والطلاق والشفعة والقصاص. والإسقاطات غير المحضة: وهي ما فيها تمليك من وجه كالإبراء، أو التي تقابل بعوض كالطلاق والعتق على مال. والإسقاطات أنواع تختلف أسماؤها باختلاف أنواعها فإسقاط الحق عن الرق عتق، وإسقاط الحق عن البضع طلاق، وإسقاط ما في الذمة براءة، وإسقاط الحق عن

كالطلاق والعتاق، فلا يصح تعليق التمليكات ولا الإسقاطات، من وجه دون وجه، ولا الإسقاطات من كل وجه⁽¹⁾، فتخرج بذلك الإسقاطات المحضة التي لا يحلف بها، فلا تقبل التعليق بشرط، كالحجر على المأذون، وعزل الوكيل والإبراء من الدين، وهي ما أطلق عليها الفقهاء لفظ (التقييدات)⁽²⁾.

2- ما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط، وهو ما يؤكد موجب العقد، ومنها: الإطلاقات، كالإذن بالتجارة، والولايات: كالقضاء والإمارة.

3- ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقاً، وهي العقود المالية والتمليكات، كالبيع والشراء، والإجارة والقسمة والصلح على مال، والهبة وغيرها من عقود التمليكات؛ وذلك لأن تعليق مثل هذه العقود على شرط يخالف مقتضاها، وهو اللزوم وثبوت الملك بمجرد الإيجاب والقبول.

أما إذا كان تعليق العقود على شرط كائن، كأن يعلق العقد بأمر واقع في الحال والماضي، لا بما سيكون في المستقبل، فيجوز التعليق، "كأن يقول الدائن لمن عليه الدين: إن كان لي عليك دين، فقد أبرأتك منه، وله عليه دين، صح الإبراء لأن التعليق بشرط كائن يكون تنجيلاً"⁽³⁾، "ولأن

القصاص والجراحات عفو. ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج4، ص283. والزليعي، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج3، ص67. والزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص416.

(1) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج7، ص296.

(2) وهي وضع القيد والمنع من التصرف كعزل الوكيل والرجعة وحجر العبد؛ وذلك لأن في الوكالة، والإذن للعبد، إطلاقاً عما كانا ممنوعين عنه من التصرف في مال الموكل والمولوي، وفي العزل والحجر تقييد لذلك الإطلاق، وكذا في الرجعة تقييد للمرأة عما أطلق لها بالطلاق من حقوق الزوجية. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص241.

(3) شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مرجع سابق، ج2، ص366.

الشرط إنما يتعلّق بالأمر المستقبلية، أما الماضية فلا مدخل له فيها⁽¹⁾، وكذلك لا يصحّ تعليق العقد على شرط مستحيل عادةً أو عقلاً؛ "لأنّ المعلّق على المستحيل مستحيل"⁽²⁾، فلا يعتبر ذلك الشرط، ولا يصحّ، كأن يقول: "أنت طالق إن قلبت الحجر ذهباً، أو إن شربت ماء هذا النهر كذا"، أو "إن شربت ماء هذا الكوز ولا ماء فيه"، فلا تطلق؛ لأنّه علّق الطلاق بصفة لم توجد، ولأنّ ما يقصده بتقييده، يعلّق على المحال⁽³⁾، كقول الله تعالى في حق الكفار: ﴿وَلَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ

حَتَّىٰ يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْفَيْطِ ۗ﴾ [الأعراف: 40]

• قواعد ذات علاقة بالقاعدة:

وضع العلماء قواعد قريبة من قاعدة البحث، ومنها:

- (1) تعليق التمليكات والتقييدات بالشرط باطل⁽⁴⁾.
- (2) الأصل في التصرفات التجيز، والتعليق يثبت فيها بعارض الشرط⁽⁵⁾.

(1) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج2، ص232.

(2) أبو حيان، محمد بن يوسف بن علي بن حيان، البحر المحيط في التفسير، تحقيق: صدقي محمد جميل، دار الفكر - بيروت، ط2، ج2، ص29.

(3) البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج5، ص276.

(4) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص367.

(5) البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، دار الكتاب الإسلامي، د ط، د ت، ج2، ص127.

• الفرع الثاني: تأصيل القاعدة.

تعدّ عمومات النصوص التي تحثّ المسلمين على إنجاز العقود الصحيحة، والعهود بينهم،

دون تعليقٍ أو تأخيرٍ، أدلة لهذه القاعدة، ومن هذه العمومات الآتي:

- قول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: 1).

والأمر في الآية دليل الوجوب على الوفاء بالعقود، يقول الجصاص -رحمه الله- في تفسير هذه الآية: "والعقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله، على وجه إلزامه إياه، لأنّ العقد إذا كان في أصل اللغة الشدّ، ثم نقل إلى الأيمان، والعقود عقود المبيعات ونحوها، فإنّما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه"⁽¹⁾، فالأصل في العقود إنجازها والوفاء بها، استجابة للأمر في هذه الآية وغيرها ممّا يدلّ في عمومته على ذلك، كقول النبي صلّى الله عليه وسلّم: { الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ }⁽²⁾، فالمسلمون يوفّون بعضهم بعضاً، ما اتفقوا عليه من الشروط، إذا لم تكن متعارضة مع نص أو أصل شرعي.

-من المعقول: إنّ تعليق عقود المعاوضات والتملكيات، يخالف مقتضاها وهو الجزم والإلزام وثبوت الملك، وترتب آثار هذه العقود عليها، من نقل للملك، وحرية التصرف بالبدلين والانتفاع بهما، والتعليق على شرط: مانع من ثبوت كل ذلك، يقول الإمام القرافي: "الأصل في الأعواض، وجوبها بالعقود، فإنّها أسبابها، والأصل ترتب المسببات على الأسباب، فمن لاحظ

(1) الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج3، ص285.

(2) البخاري، الجامع المسند الصحيح، مرجع سابق، كتاب الإجارة، باب: أجر السمسره، ج3، ص92.

ذلك أوجب الجميع بالعقد كضمن المبيع"⁽¹⁾، وفي تعليق مثل هذه العقود على شرط، مدخل للغرر، كأن يعلق العقد على شرط مستقبل، يقول ابن قدامة-رحمه الله-: "لا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجيء المطر، وقدم زيد، وطلوع الشمس، لأنه غرر، ولأنه عقد معاوضة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل"⁽²⁾

• الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

اتسعت مجالات تطبيق هذه القاعدة، نظراً لتعلقها بتصرفات المسلم في مسائل التملكيات والتقييدات، فكانت عقود المعاوضات والتبرعات، هي المجال الأوسع، والأكثر تطبيقاً لفروع هذه القاعدة، ومن هذه التطبيقات الآتي:

(1) إذا اشترى رجل من رجل سلعة وقال: على أنني بالخيار ثلاثاً، جاز البيع مع شرط الخيار، لورود الدليل عليه، وهو ما جاء في حديث حبان بن منقذ، حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: { إِذَا أَنْتَ بَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَافَةَ، ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ بَيْعٍ تَبْتَاعُهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ }⁽³⁾، والقياس يأبى ذلك؛ لأن بشرط الخيار تعليقاً للعقد، وهذا يناهض مقتضاه وهو التحجيز واللزوم؛ ولأن عقود المعاوضات لا تحتل التعليق، ولكننا تركنا القياس للدليل، ولحاجة الناس إلى ذلك⁽⁴⁾.

(1) القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج4، ص378.

(2) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، مرجع سابق، ج2، ص12.

(3) سبق تخريجه والحكم عليه، ينظر صفحة 64، هامش (2)

(4) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص40، وص60 . وج14، ص23.

(2) ولو رهن قلب فضة بعشرة دراهم وقال: إن جئتك بالعشرة إلى شهر، وإلا، فهو بيع لك بالعشرة فالرهن جائز، والشرط باطل؛ لأن البيع من عقود المعاوضات التي لا تحتمل التعليق بالشرط⁽¹⁾.

(3) لو قال شخص لآخر: إذا دخلت بيتي، أو إذا جاء فلان من المحل الفلاني، أو إذا دفعت لي خمسمائة قرش من الألف القرش المطلوبة لي منك، فأنت بريء من الدين الذي بذمتك لي، فلا تثبت البراءة؛ لأنها من عقود التمليكات التي لا تحتمل التعليق على شرط⁽²⁾.

(4) لو قال شخص لآخر: إذا حضر فلان من سفره، فقد بعثك داري بكذا قرشاً، أو أجرتك إياها، أو أعرتها لك، أو وهبتها لك، أو تصدقت بها عليك، لا يصح شيء من هذه العقود ولا ينعقد؛ لأن عقود المعاوضات لا تحتمل التعليق بالشرط؛ ولأن نقل الملك يستدعي الجزم، ولا جزم مع التعليق⁽³⁾.

(5) لا يجوز تعليق القراض كما لو قال رب المال: إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك، كما لا يجوز تعليق البيع ونحوه، ولو قال: قارضتك الآن، ولكن لا تتصرف حتى يجيء رأس

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج21، ص121.

(2) ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص83. و ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج7، ص296.

(3) ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص83. و الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج1، ص374.

الشهر، ففي وجه يجوز كالوكالة، والأصح المنع، كما لو قال: بعثك بشرط أن لا تملك إلا بعد شهر؛ إذ لا يجوز تعليق البيع بالشرط (1).

(6) لو علق الموكل الوكالة على شرط أو وصف، كما لو قال: أنت وكيل على بيع داري إن جاء زيد من السفر، أو أنت وكيل عند مجيء الحاج، بطل التوكيل؛ لأن الوكالة عقد، والعقود لا يجوز تعليقها (2).

(1) ينظر: الرافعي، عبد الكريم بن محمد القزويني، فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير، دار الفكر، د ط، د ت، ج 12، ص 16.

(2) معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج 16، ص 248.

المبحث الثاني: القواعد الفقهيّة المذكورة في باب العيوب في البيوع.

المطلب الأول: قاعدة: الحوادث⁽¹⁾ إنّما يحال بحدوثها على أقرب الأوقات⁽²⁾.

• الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

تعني القاعدة: أنّه إذا وقع اختلاف في زمن حدوث أمر ما، ولا بينة لإثبات زمانه الذي وقع

فيه، فإنّ هذا الأمر ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال، ما لم تثبت نسبته إلى زمن أبعد.

⁽¹⁾ جمع حادث، والحادث من (حَثَّ)، الحَثُّ: الدَّالُّ والتَّاءُ أَصْلُ وَاحِدٌ، وهو كون الشيء لم يكن. يقال حدث أمر بعد أن لم يكن. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج3، ص36. و علي حيدر، درر الحكام فيشرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص28. ومثال الحوادث: حصول العيوب في الأشياء السليمة، كحصول العيب في المبيع مثلاً، وحصول العقود كلها، كعقد البيع، والإجارة، والزواج وغيرها، وإقالة العقود وفسخها بعد انعقادها، فهذه كلها أمور حادثة حصلت بعد أن لم تكن موجودة. ينظر: القرآله، القواعد الفقهيّة وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص177

⁽²⁾ السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص110. وج17، ص50. والبيروني، موسوعة القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، ج4، ص71. وقد وردت القاعدة بصيغ أخرى منها الآتي: 1- (الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته)، السرخسي، المبسوط، ج14، ص178، وج16، ص161. و ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص55. ومجلة الأحكام العدليّة، مرجع سابق، ج1، ص17، مادة رقم: (11). وابن عابدين، رد المحتار على الدرالمختار، مرجع سابق، ج3، ص547. و البغدادي، مجمع الضمانات، مرجع سابق، ج1، ص358. 2- (الحوادث تحمل على أقرب أوقات الإمكان)، الزيلعي، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج3، ص40. 3- (الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن)، الزركشي، المنثور في القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، ج1، ص174. والشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ج5، ص439.

وتعليل ذلك: أن أحكام الحوادث ونتائجها وما يترتب عليها، كثيراً ما تختلف باختلاف تاريخ حدوثها، فعند التنازع في تاريخ الحادث، يحمل على الوقت الأقرب إلى الحال حتى يثبت الأبعد، لأن الوقت الأقرب قد اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه، وانفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك، فوجود الحادث في الوقت الأقرب متيقن، وفي الأبعد مشكوك⁽¹⁾

لذا تعد القاعدة واحدة من القواعد المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: (اليقين لا يزول بالشك)⁽²⁾؛ إذ أن حدوث الأمر في الزمان الأقرب هو المتيقن، وحدثه في الزمان القديم مشكوك فيه، فيؤخذ بالمتيقن، ويترك المشكوك ما لم تثبت البينة فيه، أو يتبين خلافه.

والحوادث من الصفات العارضة؛ وذلك لأن الشيء الحادث لم يكن موجوداً أصلاً، ثم ظهر ووجد، كحصول العيب في المبيع بعد التسليم مثلاً، أو إقالة العقود وفسخها بعد انعقادها، فهذه صفات جديدة طرأت على المبيع بعد تسلّمه، وعلى العقد بعد انعقاده، لذا كان لهذه القاعدة أيضاً صلة بالقاعدة الفقهيّة: "الأصل في الصفات العارضة العدم"⁽³⁾.

(1) ينظر: البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مرجع سابق، ج1، ص178. و علي حيدر، الحكام في شرح مجلة الأحكام درر، مرجع سابق، ج1، ص28. والزرقا، شرح القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، ص125

(2) عدّ الكثير من العلماء ممن صنفوا في القواعد الفقهيّة، هذه القاعدة من القواعد المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى (اليقين لا يزول بالشك)، ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص59. وابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص55. و البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مرجع سابق، ج1، ص178.

(3) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص54، وجلة الأحكام العدليّة، ج1، ص17، برقم: (9).

فإذا اختلف في الصفة وجوداً أو عدماً، فالأصل قول من يدعي العدم، وإذا اختلف في زمان حدوث الفعل بعد الاتفاق على حدوثه⁽¹⁾، فالقول قول من يضيفه إلى أقرب الأوقات؛ لأن الأصل الحدوث⁽²⁾.

ومجال إعمال القاعدة مقيد بأن لا يؤدي الاختلاف في أمر الحادث، إلى نقضه أصلاً، أي نقض ما هو ثابت مقرر، وقد ذكر ابن نجيم هذا القيد فقال: "يضاف الحادث إلى أقرب أوقاته، حيث لم يتضمن إبطال ما كان ثابتاً بالدليل، أو ترك العمل بالمقتضي"⁽³⁾؛ "لأن الحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر، ثابت باستصحاب الحال، لا بدليل أوجب الحدوث للحال، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقض ما هو ثابت"⁽⁴⁾، وعليه: "لو تعارضت هذه القاعدة مع قاعدة: "الأصل

(1) أما إذا كان الحدوث غير متفق عليه، بأن كان الإختلاف في أصل حدوث الشيء وقدمه، فقد نصت المادة: (1768) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "إذا اجتمعت بينة الحدوث مع بينة القدم فترجح بينة الحدوث. مثلاً: إذا كان في ملك أحد مسيل الآخر ووقع بينهما إختلاف في الحدوث والقدم، وادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه، وادعى صاحب المسيل قدمه ترجح بينة صاحب الدار". ينظر: مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج1، ص359. والزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص125.

(2) ينظر: الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج1، ص146. و معلمة القواعد الفقهية، ج5، ص551.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج4، ص177. وهو ذات القيد الذي نص عليه ابن الهمام -رحمه الله- حيث قال: "ولحالة الحادث إلى أقرب الأوقات إذا لم يعارضه ظاهر آخر"، ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج4، ص351.

(4) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص126. والزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج1، ص147.

براءة الذمة"، أو "الأصل بقاء ما كان على ما كان"، تترك تلك القاعدة، ويعمل بهاتين القاعدتين دونها؛ لأنهما أقوى⁽¹⁾.

والقاعدة من القواعد المشهورة عند الحنفية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، أما المذاهب الأخرى، فلم توجد بلفظها في مصنفاتهم، إلا أنهم اعتمدوا بعض تطبيقاتها؛ لأنها فرع من القاعدة الكبرى "اليقين لا يزول بالشك".

• قواعد ذات علاقة بالقاعدة.

وضع العلماء قواعد قريبة من قاعدة البحث، منها:

(1) اليقين لا يزول بالشك⁽⁴⁾.

(2) الأصل في الصفات العارضة العدم⁽⁵⁾.

(1) ينظر: الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 129-130.

(2) زخرت كتب المذهب الحنفي بهذه القاعدة، سواء ما ورد بلفظها، ينظر: المبسوط، ج 13، ص 110. وج 17، ص 50. أم ما ورد بلفظ قريب من لفظها، ينظر: صيغ القاعدة الأخرى. الزيلعي، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج 3، ص 40. و ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3، ص 547. وغيرها.

(3) حيث اشتهرت القاعدة عندهم بلفظ: "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن"، الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج 1، ص 174. والشرييني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 1، ص 411. والنووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج 13، ص 82.

(4) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج 1، ص 47.

(5) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج 1، ص 107. والبركتي، محمد عميم الإحسان المجددي، قواعد

الفقه، الصدف ببلشرز-كراتشي، ط 1، 1407هـ، ج 1، ص 59.

• الفرع الثاني: تأصيل القاعدة.

تبين مما سبق، أن هذه القاعدة تندرج تحت قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، لذا تعدّ أدلة هذه

القاعدة بعمومها أدلة لها، ويمكن الاستدلال بها أيضاً، على النحو الآتي⁽¹⁾:

(1) أسند الفقهاء إضافة الحوادث إلى أقرب أوقاتها، إلى هذه القاعدة، ذلك أن الوقت القريب هو

الأمر المتيقن حدوث الفعل فيه، وأما الوقت البعيد فهو مشكوك فيه، ومن المقرر شرعاً أن:

"اليقين لا يزول بالشك"، وأن المتيقن لا يترك للمحتمل، وهو ما أطلق عليه الأصوليون:

استصحاب الحال⁽²⁾.

(2) أن الحادث لما كان غير معلوم الوقت، و الأصل عدمه، كان تقدير زمنه ضرورة؛ لكونه قد وجد

بالفعل، والضرورة تندفع بتقدير الزمن القريب.

• الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

إن مجال الحوادث التي يقع النزاع في تحديد تاريخها، هو المجال الأساس الذي تجري فيه

تطبيقات هذه القاعدة، وإن كان لفظها عاماً، يشمل أبواباً مختلفة، كالزواج والطلاق، والحجر

ودعوى الإسلام، إلا أنني أقتصر في تطبيقات هذه القاعدة، على ما يتصل بموضوع البحث

والدراسة، وهو مجال البيوع والمعاملات المالية، ومن هذه التطبيقات الآتي:

(1) ينظر: معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج5، ص552.

(2) ومعناه: أن ما ثبت في الزمن الماضي، فالأصل بقاءه في الزمن المستقبل، مأخوذ من المصاحبة، وهو بقاء

ذلك الأمر ما لم يوجد ما يغيره، فيقال: الحكم الفلاني قد كان فيماضى، وكلّما كان فيما مضى، ولم يظنّ

عدمه، فهو مظنون البقاء. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبدالله، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من

علم الأصول، تحقيق: أحمد عزو عنايه، دار الكتاب العربي، ط1، 1419هـ، ج2، ص174.

(1) لو ظهر في المبيع عيبٌ بعد القبض، واختصم البائع والمشتري في زمن حدوثه، هل حصل عند البائع أم عند المشتري؟ فإن كان عيباً لا يحدث مثله في مثل تلك المدة، وقد علم القاضي وجوده عند البائع، فيقضي بالرد، إلا أن يدعي البائع أن المشتري علم به عند العقد ورضي به، فحينئذٍ يحلف المشتري على ذلك، ثم يردّه، وإن كان شيئاً ممّا يحدث مثله في مثل تلك المدة، فالقول قول البائع: أن العيب لم يكن عنده؛ لأنّ الحوادث إنّما يحال بحدوثها على أقرب الأوقات⁽¹⁾.

(2) رجلٌ أقام البيّنة أنه اشترى هذه الدار من فلان بألف درهم، وأقام آخر البيّنة أنه اشترى منه هذا البيت بطريقه بمائة درهم منذ شهر، قضى بالبيت لصاحب الشهر؛ لأنّ الشراء حادثٌ وإنّما يحال بشرائه بحدوثه على أقرب الأوقات، ما لم يصحّ الشهود بسبق التاريخ، فإذا صحّ به شهود صاحب البيت يقضى له بالبيت؛ لتقدم عقده فيه، ثمّ له الشفعة فيما بقي من الدار⁽²⁾.

(3) دارٌ في يد رجل ادعاها رجلان، كلّ واحدٍ منهما يقيم البيّنة أنه اشتراها منه بألف درهم، فإن وقتاً، أخذ بأول الوقتين؛ لأنّ صاحب أسبق التاريخين أثبت الملك لنفسه، بالشراء في وقتٍ لا ينازعه فيه غيره، والآخر، إنّما أثبت الشراء من غير المالك، وإن وقت أحد البيّنتين دون الأخرى، فهي لصاحب الوقت؛ لأنّ الشراء من غير المالك حادثٌ، فيحال بحدوثه على أقرب الأوقات حتى يثبت سبق⁽³⁾.

(4) لو ادعى من له الخيار في البيع، بعد مرور مدة الخيار أنه فسخ العقد في ظرف مدة الخيار، وادعى الفريق الآخر -البائع-، أن الفسخ حصل بعد مضي مدة الخيار، وأنّ الفسخ غير معتبر،

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص110.

(2) ينظر: المرجع نفسه، ج14، ص178.

(3) المرجع نفسه، ج16، ص161.

فالأمر الحادث وهو الفسخ، يضاف إلى أقرب الأوقات، وهو: حصول الفسخ بعد مضي مدة الخيار، والقول لمن ينكر حصول الفسخ بمدة الخيار، أما إذا أثبت صاحب الخيار بالبيّنة حصول الفسخ في مدة الخيار فيحكم بموجب البيّنة؛ لأنه يكون قد أثبت خلاف الأصل⁽¹⁾.

استثناءات من القاعدة:

وردت بعض الإستثناءات من القاعدة، والسبب في ذلك يعود لعدم مراعاة القيد الذي تنضبط به فروعها ومسائلها، إذ أنّ تلك المستثنيات يستلزم تطبيقها على القاعدة، نقض ما هو مقرّر وثابت أصلاً، ومن هذه الإستثناءات ذات الصلة بموضوع الدراسة الآتي:

1) لو اشترى إنسان شيئاً، ثم جاء ليرده على البائع بعيبٍ فيه، بعد أن كان استعمله استعمالاً يفيد الرضا به معيماً، فقال البائع له: إنك استعملته بعد اطلاعك على العيب فسقط حقك في الرد، وقال المشتري: إنما استعملته قبل الاطلاع على العيب، فالقول للمشتري بيمينه، ووجه كون القول للمشتري: في أنّ استعماله للمبيع، كان قبل الاطلاع على العيب لا بعده، أنّ خيار العيب في الصورة المذكورة، قد ثبت للمشتري حين الشراء لا محالة، فيتقرر بقاءه إلى أن يوجد المسقط يقيناً، لأنّ ما ثبت بزمان فالأصل بقاءه، حتى يقوم الدليل على خلافه كما تقدم في القاعدة السابقة، فدعوى البائع سقوط الخيار الثابت للمشتري، تكون على خلاف الأصل المتقرّر، فلو حكمنا: بأنّ القول قوله بناء على إضافة الحادث لأقرب أوقاته، يلزم منه نقض ذلك الأمر الثابت الذي لم نتيقن بإزالته، فلذلك كان القول للمشتري في بقاء خياره⁽²⁾.

⁽¹⁾ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص28. و ينظر: الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص127.

⁽²⁾ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص129. و ينظر: البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مرجع سابق، ج1، ص189.

(2) لو استأجر شخص آخر، ليحفظ ماله مدة سنة بأجرة معلومة وتلف المال، وأدعى الأجير استحقاقه جميع الأجرة، لتلف المال بعد مضي سنة، وادعى صاحب المال: أن المال تلف بعد مرور شهر من تسلّم الأجير له، وأن الأجير لا يستحق من الأجر سوى أجرة شهر واحد، فالقول للمستأجر خلافاً للقاعدة؛ لأنّ المستأجر يدعي براءة الذمة، ولو جعل القول للأجير بناءً على إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، للزم منه نقض هذا الأمر الثابت وهو فراغ ذمة المستأجر، وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته إنما يعتبر إذا لم يودّ اعتباره إلى نقض ما هو ثابت أصلاً؛ ولأنّ إضافة الحادث، وهو الهلاك، إلى أقرب الأوقات من قبيل الظاهر، والظاهر لا يكفي حجةً للإستحقاق⁽¹⁾.

(3) إذا قال الوكيل بالبيع: بعته وسلّمت قبل العزل عن الوكالة، وقال الموكّل: بل بعته وسلّمت بعد العزل، كان القول للوكيل إن كان المبيع مستهلكاً، ولو كان المبيع قائماً، كان القول قول الموكّل؛ لأنّه يضيف الفعل إلى الزمن الأقرب بناءً على القاعدة، ولكن قالوا: إنّ القول للوكيل مع يمينه لأنّه ينفي عن نفسه الضمان؛ لأنّ الأصل براءة الذمة، بخلاف ما إذا كان المبيع قائماً لم يستهلك، فإنّ إرادة التضمين غير ممكنة، وأما يدعي الوكيل حينئذ انتقال العين من ملك الموكّل إلى ملك الآخر المشتري، والموكّل ينكر الانتقال، فالقول قوله، لأنّ الانتقال من الأمور العارضة فالأصل عدمها⁽²⁾.

(1) ينظر: علي حيدر، درر الحكام، مرجع سابق، ج1، ص29. و الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص129.

(2) ينظر: البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مرجع سابق، ج1، ص189. و الزرقا، شرح

القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص128

المطلب الثاني: قاعدة: الشيء لا يَنْقُضُهُ⁽¹⁾ ما هو دونهُ ، وأما يَنْقُضُهُ ما هو مثلهُ أو فَوْقَهُ⁽²⁾.

• الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

تعني القاعدة: أنّ الشيء إذا ثبت حكمه، فإنّه لا ينتقض ولا يبطل، أو ينسخ بما هو أضعف أو أقل منه، وأما يرفع ذلك الحكم ويزول بما هو فوقه أو مثله، أو أقوى منه شرعاً أو حساً أو عرفاً وعادةً ؛ لأنّ الضعيف لا يقاوم القويّ، ولا يستقرّ أمامه، بل يزول ويتلاشى.

ومجال إعمال القاعدة: فيما إذا كان نقض الشيء وإبطاله بما هو مثله أو فوقه، واردّ على ذات المحل، وذلك بأن يجتمع الأمران عليه، فيؤخذ بالأقوى ويترك الضعيف، يقول الإمام القرافي -رحمه الله-: "كل أمرين لا يجتمعان، يقدّم الشرع أقواهما على أضعهما، وكذلك العقل

(1) مَنْقُضَ: من (نَقَضَ) الثُّونُ وَالْقَافُ وَالضَّادُ أَصْلُ صَاحِبٍ، يُلْغَى عَلَى نَكْتِ الشَّيْءِ، وَالنَّقْضُ: إِفْسَادُ مَا أُبْرِمَ مِنْ عَقْدٍ أَوْ بِنَاءٍ، وَمِنْهُ نَقَضَ الْبِنَاءَ وَالْحَبْلَ وَالْعَهْدَ، وَالنَّقْضُ ضِدُّ الْإِبْرَامِ. ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، باب: (نقض)، ج5، ص470. وابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج7، ص242.

(2) السرخسي، المبسوط، ج13، ص128. و ج3، ص185. جدير ذكره: أنّ القاعدة وردت بصيغ منها: 1- (الشيء ينتقض بمثله، وبما هو أقوى منه لا بما دونه)، الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج1، ص214. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص116. 2- (الشيء إنما يبطل بما هو فوقه أو مثله ولا يبطل بما هو دونه)، الزيلعي، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج6، ص94. وابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج8، ص321. 3- (الشيء ينقضه ما هو مثله أو أقوى منه)، المبسوط، ج21، ص164. 4- (الشيء لا ينسخه إلا ما هو مثله أو فوقه)، المبسوط، ج3، ص175. السرخسي، أصول السرخسي، مرجع سابق، ج2، ص244.

والعرف"⁽¹⁾، ومثال ذلك: لو أنّ شخصاً أوصى لأحد بشيء من ماله، ثمّ أزال ملكه فيه، فباعه مثلاً، بطلت الوصية؛ لأنّ البيع أقوى من الوصية؛ إذ البيع يفيد ملكاً باتاً، أما الوصية فتفيد ملكاً مضافاً إلى ما بعد الموت، فتبطل بالأقوى⁽²⁾.

ومثاله أيضاً: ما لو طرأ شكٌّ على يقين، فإنّ الشكَّ لا يُنظر إليه ولا يُعتبر أصلاً؛ لأنّ "اليقين لا يزول بالشك" ، إذ الأمر المتيقن أقوى من المظنون بداهة، وأما إذا كان الأمر مشكوكاً فيه، فطراً عليه يقينٌ فأثبتته، أخذ باليقين وطرح الشكَّ؛ " لأنّ ما عُرف بثبوته بيقين لا يزال إلا بيقين مثله"⁽³⁾.

وكما قرّرت القاعدة: أنّ الشيء ينتقض بما هو فوقه، أو أقوى منه، كذلك فإنّ الشيء ينسخه وينقضه ما هو مثله، ولكن قد يخرج عن هذا الأصل بعض الفروع، فلا ينتقض الشيء بمثله، ومثال ذلك القاعدة الفقهيّة " الإجتهد لا ينقض بمثله"⁽⁴⁾. وقد بين الإمام السرخسيّ سبب التخلّف عن أصل هذه القاعدة، التي نصّ عليها في مواضع مختلفة من الكتاب، فقرّر أنّه إذا كان الشيء ومثله سواء، فإنّه يترجّح الأول بالسبق، واتصال القضاء به، ولذا قال-رحمه الله-: " إنّ

(1) القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج3، ص135.

(2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص333. والسيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص187.

(3) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج24، ص13.

(4) مجلة الأحكام العدليّة، مرجع سابق، ج1، ص18، المادة: (18). والسبب في ذلك: أنّه لا يوجد ما يرجح اجتهاداً على آخر، ولا يمكن القول أو الحكم بأن الاجتهاد الثاني هو أصوب من الاجتهاد الأول؛ لأنّ الاجتهاد إنما هو حصول غلبة الظن على إصابة المرمى مع احتمال الخطأ فكل اجتهاد، كما يجوز أن يكون صواباً يجوز أيضاً أن يكون خطأ. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص34.

الشيء لا ينقضه ما هو مثله أو دونه، وينقضه ما هو فوقه⁽¹⁾؛ لأنّ كون الأول أسبق، ومؤيد بالقضاء يعطيه قوّة على نقيضه، فلا يكون مثله حقيقة، لذا لا ينتقض به، وعليه، فلا تعارض بين القاعدتين⁽²⁾.

وتعدّ القاعدة من القواعد المشهورة عند الحنفيّة⁽³⁾، ومع هذا فلا خلاف بين بقية المذاهب في أصولها؛ لأنها من القواعد التي يشهد لها العقل والعادة والعرف، كما نصّ الإمام القرافي سابقاً⁽⁴⁾.

• قواعد ذات علاقة بالقاعدة.

وضع العلماء قواعد قريبة من قاعدة البحث، ومنها:

* الأقوى أحقّ بالحكم⁽⁵⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص179.

(2) ولهذا عوّ الإمام الكاساني عن القاعدة بصيغة الإحتمال حيث قال: "الشيء يحتمل البطلان بمثله"، و"الشيء جاز أن ينسخ مثله". الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص206. و ج1، ص103. ينظر: معلمة القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، ج10، ص142.

(3) زخرت مصنّفات الفقه الحنفي بهذه القاعدة، إذ بنى عليها الفقهاء العديد من المسائل، والفروع الفقهيّة في المذهب. ينظر: المبسوط، ج13، ص128. و ج3، ص185. والزيلعي، تبیین الحقائق، ج1، ص214. و الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص116. وابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص321. وغيرها من مصنّفات المذهب.

(4) ينظر: القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج3، ص246.

(5) الشوكاني، إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج2، ص112.

• الفرع الثاني: تأصيل القاعدة.

يمكن الاستدلال لهذه القاعدة من القرآن الكريم، والآثار عن الصحابة-رضوان الله عليهم-

ومن المعقول، على النحو الآتي:

أولاً: من القرآن الكريم: قول الله عز وجل: ﴿ مَا نَنْسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلَهَا ﴾ [البقرة: 106].

وجه الدلالة واضح على ذلك: فقد بينت الآية الكريمة أن الشيء لا ينسخه إلا ما كان خيراً منه أو مثله، والنسخ الوارد في الآية وإن كان خاصاً في نسخ آي القرآن الكريم، إلا أن هذا المعنى يجري في تصرفات المكلفين كذلك، إذا تحصل منه الخير والنفعة لهم في الدنيا والآخرة، يقول القرطبي-رحمه الله- في تفسير الآية: "ما نغير من حكم آية فنبدله أو نتركه فلا نبدله، حتى نأت بخير لكم أيها المؤمنون حكماً منها، أو مثل حكمها في الخفة والثقل والأجر والثواب"⁽¹⁾.

وقد استدلل الإمام السرخسي بالآية في بيانه لبعض المسائل الفقهيّة فقال: "... ولأنّ

الشيء لا ينسخه إلا ما هو مثله أو فوقه، قال الله تعالى: ﴿ مَا نَنْسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ

مِّنْهَا أَوْ مِثْلَهَا ﴾ [البقرة: 106].⁽²⁾

(1) الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن غالب الآملي، تفسير الطبري = جامع البيان عن تأويل آي القرآن،

تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر، ط1، 1422هـ، ج2، ص402.

(2) السرخسي، المبسوط، ج3، ص175.

ثانياً: من الآثار: ما رواه زيد بن أسلم عن أبيه عن عمر رضي الله عنه - أنه كان إذا قدم مكة صَلَّى بهم ركعتين، ثم يقول: "يا أهل مكة أتموا صلاتكم فإنما قوم سفر"⁽¹⁾، ويعضد ذلك، أن المهاجرين رضي الله عنهم - كانوا من أهل مكة، وكان لهم بها أوطان أصليّة، ثمّ لما هاجروا وتوطنوا بالمدينة وجعلوها داراً لأنفسهم، انتقض وطنهم الأصلي بمكة، حتى كانوا إذا أتوا مكة يصلّون صلاة المسافرين، فدل ذلك على أنّ الشيء جاز أن ينسخ بمثله⁽²⁾

ثالثاً: من المعقول: إذ العقل يقضي بأن الشيء لا يرتفع ولا ينتقض بما هو أقل منه؛ لأنّ الضعيف لا يعارض القوي، ولأنّ؛ الأقوى أحق بالحكم فينتقّر نقضه إذن بما هو أقوى منه⁽³⁾.

(1) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، مؤسسة القرطبة، ج16، ص314.

(2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج1، ص103، وجدير ذكره أن الحنفية قسّموا الأوطان ثلاثة أقسام: "وطن أصلي: وهو وطن الإنسان في بلده أو بلدة أخرى اتخذها داراً وتوطن بها مع أهله وولده، وليس من قصده الارتحال عنها بل التعيش بها. (ووطن) الإقامة: وهو أن يقصد الإنسان أن يمكث في موضع صالح للإقامة خمسة عشر يوماً أو أكثر، (ووطن) السكنى: وهو أن يقصد الإنسان المقام في غير بلده أقل من خمسة عشر يوماً.... (ووطن) الإقامة ينتقض بالوطن الأصلي؛ لأنه فوقه، ويوطن الإقامة أيضاً؛ لأنه مثله، والشيء يجوز أن ينسخ بمثله، ينظر: والسرخسي، المبسوط، ج1، ص252.

(3) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج16، ص132. والشوكاني، إرشاد الفحول، مرجع سابق،

ج1، ص207. ومعلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج10، ص143.

• الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

تتّوعت تطبيقات هذه القاعدة فشمّلت أبواباً مختلفة، سواء ما كان منها في مجال العبادات وأحكام الطهارة، والزواج والطلاق..، أم ما كان في مجال المعاملات كالبيع والرهن والوصية وغيرها، ومن هذه التطبيقات الآتي:

(1) لو أذن الراهن للمرتهن في إجارة الأرض المرهونة ففعل، أو سلّم المرتهن للراهن أن يؤجر أو يرهن ففعل، خرجت الأرض من الرهن، ولا يعود فيها؛ لأن إجارة عقد لازم من الجانبين، ويُسْتحقّ به تسليم العين، والرهن يتعلّق به اللزوم في جانب الراهن، فمن ضرورة نفوذ العقد الثاني بطلان الرهن الأول؛ لأن من المقرّر شرعاً أنّ الشيء ينقضه ما هو مثله أو أقوى منه، فيبطل الرهن لأنّ عقد الإجارة أقوى⁽¹⁾.

(2) من باع غيره فرساً وهي في يده، ولم تصل إلى يد المشتري، فقال البائع: قد خلّيت بينك وبينها فاقبضها، فأني أمسكها لك فانفلتت، لم يكن هذا قبضاً من المشتري، وإن كان يقدر على أخذها وضبطها؛ لأنّ للبائع فيها يداً حقيقةً، ولا ينسخ حكم تلك اليد إلا ما هو مثلها، وتمكّن المشتري من قبضها بالتخلية لا يكون مثل حقيقة يد البائع فيها؛ لأنّ الأصل في قبض المعقود عليه أن يكون من المشتري تارةً بالتمكّن منه بعد تخلية البائع بينه وبينها، وتارةً مباشرة التسليم إليه، فلا ينسخ حكمها بما هو دونها؛ لأنّ الشيء لا ينتقض إلا بما هو مثله، أو أقوى منه⁽²⁾.

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج 21، ص 164، والزيلعي، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج 6، ص 94.

(2) ينظر: السرخسي، شرح السير الكبير، مرجع سابق، ج 1، ص 1094-1097.

3) لو باع الفضولي دار غيره لشخص ما، ثم باعها صاحبها لشخص آخر، فإن عقد الفضولي يبطل؛ لأنّ عقده موقوفٌ على إجازة المالك، وطراً عليه ما هو أقوى منه، وهو عقد مالکها، فأفاد الحل الباتّ، والعقد الباتّ أقوى من الموقوف فيبطله؛ لأنّ الشيء ينقضه ما هو أقوى منه⁽¹⁾.

⁽¹⁾ ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج6، ص164. وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص108. والزيلعي، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص104. ومعلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج10، ص141.

المطلب الثالث، قاعدة: يد⁽¹⁾ الأمين كيد صاحب الأمانة⁽²⁾.

• الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة.

المقصود باليد هنا: هي ما أطلق عليه الفقهاء لفظ (اليد المعنوية)، والمراد بها الاستيلاء على الشيء بالحيازة، وهي كناية عن اليد الحسية أو الحقيقية؛ لأن التصرف يكون باليد⁽³⁾، وعليه فقد نصت المادة (1679) من مجلة الأحكام العدلية على أن: "ذو اليد: هو الواضع اليد على عين بالفعل، أو الذي يشبه تصرفه تصرف المالك"⁽⁴⁾، وتنقسم اليد إلى ثلاثة أقسام⁽⁵⁾:

• يد ملك.

• يد أمانة: وتكون بحيازة الشيء أو المال بالنيابة، بإذن من صاحب المال، أو بإذن من الشارع، وليس تملكاً حقيقةً، كيد المودع والمستعير والمضارب، أو النيابة في أموال الغيب والقصر ومن هو في حكمهما.

(1) (لَيْدٌ أَيْئاً وَالذَّالُّ: أَوْلَى بِنَاءِ أَيْدٍ لِلْإِنْسَانِ وَغَيْرِهِ، وَيُسْتَعَارُ فِي الْمَثَلِ فَيَقَالُ: لَهُ عَلَيْهِ يَدٌ. وَالْيَدُ الْقُوَّةُ. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج6، ص151.

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص120، جدير ذكره: أن القاعدة وردت بصيغ أخرى منها: 1- (يد الأمين كيد المالك)، ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، مرجع سابق، ج9، ص178. والكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص80. 2- (يد الأمانة كيد الملك)، الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج4، ص112. 3- (يد الأمين يد صاحب المال)، ابن مازة، المحيط البرهاني، مرجع سابق، ج7، ص402.

(3) ينظر: الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج3، ص370.

(4) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج1، ص339.

(5) ينظر: الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج4، ص112. والكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص80. و الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج3، ص370.

• يد ضمان: وهي حيازة المال للتمكك، أو لمصلحة الحائز، كيد المشتري والقابض على سوم الشراء، والمرتهن والغاصب، والمالك والمقترض.

وتعني القاعدة: أن ما يوجد من مال في يد الأمين، ومن هو في مقامه كالمودع والمستعير، بالنيابة والإذن عن رب المال، فإن حكمه يكون في حكم المال الموجود مع صاحب الأمانة؛ أي المالك حقيقةً، وبناءً على ذلك، فإن جميع الآثار والحقوق المترتبة على ذلك المال تجب وهو بيد الأمين، كما لو كان بيد صاحبه فعلاً، ومن هذه الآثار والحقوق:

• وجوب الزكاة، والكفارات المالية، والنفقات، وأداء الديون، وأروش الجنایات ونحوها، فعليه أداء كل هذه الحقوق، وإن لم يكن مالكا حقيقة للمال.

• لو كان الأمين مأذوناً له في التصرف بحكم العقد، كأن يكون وكيلاً أو مضارباً وشريكاً، أو بحكم الشرع كالولي الخاص أو الحاكم، أو عامل الصدقة، فإن هلك المال من غير تقصير أو إهمال منه فلا يضمنه؛ لأنه أمين بما في يده من المال، قال الإمام السرخسي -رحمه الله-: "إن هلك المال في يد الأمين، كهلاكه في يد صاحبه"⁽¹⁾.

• إن رد العين إلى يد الأمين، ممن كانت عنده -كأن تكون عارية أو ودیعة- بالحفظ والأمانة، يعدّ رداً لصاحبها، فتبراً بذلك ذمته.

والقاعدة لا تعني أن يد الأمين في التصرف بما ينوبه من المال، تكون على إطلاقها؛ لأن من المعروف بداهة أن التصرف المطلق لا يكون إلا للمالك خاصة، بل تعني: أن يد الأمين تقوم مقام يد المالك، في التصرف في مثل هذه الأمور وغيرها.

(1) السرخسي، المبسوط، ج11، ص177. ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، مرجع سابق،

• قواعد ذات علاقة بالقاعدة.

وضع العلماء قواعد قريبة من قاعدة البحث، ومنها:

(1) يد المودع كيد المالك⁽¹⁾.

(2) يد الوكيل كيد موكله⁽²⁾.

• الفرع الثاني: تأصيل القاعدة.

مستند هذه القاعدة: هو ما عليه العمل من عصر النبوة إلى يومنا هذا، في اعتبار يد الأمين كيد المالك، سواءً أكان أميناً في حفظ المال، أم تدبير شؤونه ورعاية مصالحه، أو نحو ذلك من الأمور التي يجوز الائتمان عليها؛ قال تعالى: ﴿إِنَّ خَيْرَ مَنْ آسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ [الْقَصَصِ: 26]، أي أن خير من تستأجره للرعي القوي الأمين الذي يقوم على حفظ مالك، ولا تخاف خيانتة، فيما تأمنه عليه⁽³⁾؛ لأن الأمين نائب عن صاحب المال فيقوم مقامه⁽⁴⁾.

ومن أدلة القاعدة أيضاً قول النبي صلى الله عليه وسلم: { لَا ضَمَانَ عَلَى مُؤْتَمَنِ }⁽⁵⁾، ففي الحديث دلالة على أنه لا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان، كالوديع والوكيل

(1) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج4، ص200.

(2) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج2، ص268.

(3) الطبري، تفسير الطبري = جامع البيان في تأويل القرآن، مرجع سابق، ج19، ص562.

(4) معلمة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج14، ص184.

(5) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، لس دائرة المعارف النظامية الكائنة في

الهند ببلدة حيدر آباد، ط1، ت1344 هـ، ج6، ص289. حديث رقم(13076)، وحسنه الألباني، ينظر،

الألباني: الجامع الصحيح، مرجع سابق، ج1، ص1348، حديث رقم(13475).

والأجير، فلا يضمن ما حدث من هلاك أو عيب أو نقص، فلو خسر الوكيل فيما باعه، لم يلزمه تعويض الخسارة؛ لأنَّ يده يد أمانة، فهي كيد صاحب المال، فلا يضمن ما وقع من خلل، فيما هو أمين فيه، إلا إذا حصل منه تقصير أو تعدُّ (1).

• الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة.

تشمل تطبيقات القاعدة كلَّ المجالات التي يكون فيها الشخص أميناً على حقِّ غيره، كأن يكون وكيلاً أو مضارباً أو ولياً أو حاكماً أو عامل صدقة ونحوها، ومن هذه التطبيقات الآتي:

1- للوكيل المأذون بالتصرف، كالمضارب والأجير، أن يردَّ ما اشترى بالعيب من غير رضا صاحب المال؛ لأنَّه في الحقوق كالعاقِد لنفسه، فهو بالردِّ بخيار الشرط والرؤية لا يحتاج إلى استطلاع رأي الأمر، فكذلك في الردِّ بخيار العيب، بخلاف ما بعد التسليم إلى الأمر؛ لأنَّه لا يتمكّن من رده إلا بإعادته إلى يده (2).

2- إذا تعدّى المودع في الوديعة - بأن كانت دابةً فركبها، أو ثوباً فلبسه، أو عبداً فاستخدمه، أو أودعها عند غيره، ممّن ليس في عياله - ثم أزال التعدي وربّما إلى يده، زال الضمان لزوال سببه - وهو التعدي - وبقاء الأمر بالحفظ، فكانت يده كيد المالك حكماً؛ لأنَّه عاملٌ له بالحفظ، فبإزالة التعدي ارتدت إلى يد صاحبها حكماً (3).

3- إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله، وقبض المبيع، فله أن يرجع به على الموكل؛ لأنَّه انعقدت بينهما مبادلة حكمية، ولهذا إذا اختلفا في الثمن يتحالفان، ويردّ الموكل بالعيب على

(1) ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج5، ص354.

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج13، ص120.

(3) ينظر: المرجع نفسه، ج15، ص173. والميداني، اللباب في شرح الكتاب، مرجع سابق، ج2، ص198.

الوكيل، وقد سلّم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه؛ ولأنّ الحقوق لما كانت راجعة إليه وقد علمه الموكل، يكون راضياً بدفعه من ماله، فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن؛ لأن يده كيد الموكل، فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضاً بيده⁽¹⁾.

4- ما وهبة الأب لطفله من هبة فإنها تتم بالعقد؛ لأن قبض الأب ينوب عن قبض الصغير؛ لأنه وليه، فهو أمين في ماله، فيشترط قبضه، ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه؛ أو غيره من الأمانة؛ لأن يد الأمين كيد المالك⁽²⁾.

5- لو أودع المشتري المبيع عند أجنبي، وأمره بالتسليم إليه، أو أعاره يصير قابضاً؛ لأن يده أمينة كيده⁽³⁾.

(1) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج3، ص140.

(2) ينظر: الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج5، ص95. و الملا خسرو، درر الحکام شرح غرر الأحكام، مرجع سابق، ج2، ص220.

(3) السمرقندي، محمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط2، 1414هـ، ج2، ص42.

الخاتمة وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على النبي الأمي إمام المرسلين،
الذي أرسله الله رحمةً للعالمين وإماماً للمهتدين.

الله الحمد والفضل والمِنَّة، على إتمام هذه الرسالة، والتي توصلت في نهايتها لجملة من
النتائج والتوصيات، أُجملها في النقاط الآتية:

أولاً : النتائج.

1- إن القواعد الفقهيّة المذكورة في كتاب البيوع من كتاب المبسوط كثيرة ومتنوعة، موزعة
على أبواب متفرقة من الكتاب، تناولت هذه الدراسة بعضاً منها، كما قدّمت أمثلة
لتطبيقاتها القديمة والمعاصرة.

2- إن كتاب البيوع احتوى على عدد من القواعد الفقهيّة في كلّ من باب الوكالة في السّلم،
وباب السّلم إذا كان فيه شرط خيار، وتعدّ هذه القواعد أصلاً اندرجت تحته الفروع
والمسائل الفقهيّة في كلا البابين.

3- إن من الأبواب التي قدّ لها الإمام السرخسيّ -رحمه الله- في كتاب البيوع، باب البيوع
الفاسدة، وباب البيوع إذا كان فيها شرط، كالبيوع التي يطرأ عليها ما يفسدها، أو التي
تحتوي شرط صحيح أو فاسد، حيث ذكر -رحمه الله- عدداً من هذه القواعد الفقهيّة، علّ
بها المسائل، وأوضح من خلالها الحجج والآراء المختلفة.

4- إن من أهم القواعد الفقهيّة المذكورة في باب الخيار في البيوع، وباب العيوب في البيوع،

ما ضبط به الإمام السرخسيّ -رحمه الله- جملة الشروط فيها، والعقود التي تحتمل

التعليق على تلك الشروط من غيرها، وغير ذلك من القواعد الفقهيّة.

5- إن بعض القواعد الفقهيّة في كتاب البيوع، هي قواعد منفرعة عن قواعد فقهيّة كبرى،

كقاعدة (المشقة تجلب التيسير)، وقاعدة (اليقين لا يزول بالشك)، وغيرها من القواعد

الكبرى.

6- إن بعض القواعد في هذا الكتاب -ولا سيما في غيره من كتب وأبواب المبسوط- وردت

بصيغ قريبة جداً من صيغتها في مجلة الأحكام العدليّة.

7- لقد ذكر -السرخسيّ رحمه- بعضاً من القواعد الفقهيّة المذكورة في أبواب كتاب البيوع،

بصيغ متعددة في أغلب الأحيان، في أبواب أخرى من المبسوط، ولعلّ ذلك يرجع إلى

كثرة تعليقه لبعض الأحكام، أو بيانه لبعض الحجج والآراء، فلم يلتزم -رحمه الله-

بالصيغة ذاتها للقاعدة، بل ساقها بصيغ متعددة، تنوعاً للعبارة وتفناً فيها.

8- يعدّ كتاب المبسوط أحد أهم المصادر القديمة، التي يستفاد منها في جمع القواعد

الفقهيّة، إذ أكثر الإمام السرخسيّ -رحمه الله- من تعليل الأحكام والفروع، بعدد من

القواعد الفقهيّة، التي تعدّ من أهم القواعد، التي عليها مدار الفقه.

9- إن الإمام السرخسي له مشاركة جليّة في مجال التقعيد فاق بها المتقدمين عليه، فقد

جمع في كتاب المبسوط من القواعد ما يفوق ما عند المصنفين في هذا الميدان من

تأخروا عن عصره، مما يجعل دراسة التقعيد الفقهي عند شمس الأئمة حريّة بأن تفرد

بالبحث.

10- اشتمال كتاب المبسوط على جميع أنواع القواعد.

11- كثير من القواعد وردت في غضون تعليقه لبعض الأحكام، أو أثناء بيانه لحجج بعض الآراء، لذلك جاءت بصيغ متعددة في أغلب الأحيان.

12- ثبت بالاستقراء في تاريخ تأليف القواعد الفقهية، أن فقهاء المذهب الحنفي هم أول من أفرد التصنيف في هذا الفن، وهم الأسبق إلى صياغة القواعد الفقهية، وإفرادها بالتأليف، وعنهم نقل أصحاب المذاهب الأخرى ما شأوا منها.

ثانياً: التوصيات.

هذا وتوصي الباحثة -طلاب العلم والمهتمين بالعلم الشرعي- بالآتي:

- 1- إعطاء كتاب المبسوط مزيداً من الإهتمام، إذ يعدّ من أهم ما يعتمد عليه في المذهب الحنفي، حيث إنه الكتاب الوحيد من بين كتب المذهب الذي شرح الكتب الستة التي ألفها الإمام محمد بن الحسن الشيباني، نقلاً عن الإمام أبي حنيفة-رحمه الله- وهي المسماة بـ:(بظاهر الرواية)، وعليها فقه المذهب.
- 2- العناية بكتب الفقهاء القدامى، وتوجيه المشتغلين بالفقه الإسلامي إلى تحقيقها، ودراستها، وبيان كنوزها وفوائدها، وبذل المزيد من الجهود في تحرير القواعد وصياغتها، ومحاولة استنباط تطبيقاتها القديمة والمعاصرة؛ إذ من خلالها تحصل الملكة الفقهية.
- 3- توجيه طلبة الدراسات العليا، والمهتمين بالعلم الشرعي إلى دراسة ما تبقى من قواعد هذا الكتاب، لغرض تحقيق فائدة علمية، تعود بالنفع على الفرد والمجتمع، وذلك من خلال ذكر بعض تطبيقاتها المألية المعاصرة.

مسرد الآيات القرآنية الكريمة

الرقم	طرف الآية الكريمة	اسم السورة	رقم الصفحة
1	﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾	(البقرة: 185).	44/32
2	﴿ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ... ﴾	(البقرة: 286)	54/53
3	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ ... ﴾	(البقرة: 278).	90
4	﴿ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ... ﴾	(البقرة: 280).	90
5	﴿ وَلَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ .. ﴾	[الأعراف: 40]	154
6	﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾	(الحج: ٧٨)	44
7	﴿ إِنَّكَ خَيْرٌ مِّنْ أَسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴾	(القصص: 26)	167
8	﴿ مَن عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ ۖ وَمَن أَسَاءَ فَعَلَيْهَا ﴾	(فصلت: 46).	54
9	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾	(الحجرات: 1)	136
10	﴿ أَلَا نَزَرْنَا نازِرًا وَنَزَرْنَا أُخْرَى ﴾	(النجم: 38)	50
11	﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴾	(النجم: 39)	54/53

مسرد الأحاديث النبوية المشرفة

رقم الصفحة	الحكم على الحديث	طرف الحديث الشريف	الرقم
64 134 142 147	صحيح	إِذَا أَنْتَ بَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ...	1
31	صحيح	إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ ...	2
42	صحيح	إِنَّهَا لَيْسَتْ بِنَجْسٍ، إِنَّهَا مِنَ الطَّوَّافِينَ	3
72	صحيح	خَرَجَ رَجُلَانِ فِي سَفَرٍ فَحَضَّتِ الصَّلَاةُ	4
81	صحيح	سَأَلْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ..	5
72	صحيح	كُنْتُ نَائِمًا فِي الْمَسْجِدِ...	6
66	صحيح	لَا تَصُورُوا الْإِبِلَ وَالْعَمَمَ...	7
167	صحيح	لَا ضَمَانَ عَلَيَّ مُؤْتَدٍ مِنْ ...	8
113	صحيح	لَا يَحِلُّ سَدْفٌ وَيَبَعُ ...	9
128 137	صحيح	مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا...	10
136	صحيح	الْمُسَدُّونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ ..	11
80	صحيح	مَنْ أَسَدَفَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفُهُ ...	12

123	صحيح	مَنْ أَعْتَقَ شَرِكًا لَهُ فِي عِبَادَةٍ...	13
66	صحيح	مَنْ نَسِيَ وَهُوَ صَائِمٌ...	14
113	صحيح	نَهَى أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ طَعَامًا حَتَّى ..	15
90	صحيح	وَرَبَا الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضِعٌ...	16
43	صحيح	يَطْهَرُهُ مَا بَعْدَهُ ...	17
73	صحيح	يَا أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّمَا ضَلَّ مَنْ قَبْلَكُمْ	18

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

مسرد المصادر والمراجع

- (1) أحمد، أحمد بن حنبل، **المسند** ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، ت 1421 هـ - 2001 م.
- (2) الألباني، محمد ناصر الدين، **صحيح أبي داود**، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع - الكويت، ط1، ت1423 هـ - 2002 م.
- (3) ابن أمير الحاج، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد، **التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام**، دار الكتب العلمية، ط2، 1403 هـ.
- (4) الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، دار الكتاب الإسلامي، د ط، د ت.
- (5) البابرّي، محمد بن محمود البابرّي، **العناية شرح الهداية**، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت.
- (6) الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد القرطبي، **المنتقى شرح الموطأ**، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، ط1، 1332 هـ.
- (7) البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، **علاء الدين البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، دار الكتاب الإسلامي، د ط، د ت.
- (8) البخاري، محمد بن إسماعيل، **الجامع المسند الصحيح**، تحقيق: محمد زهير ناصر، دار طوق النجاة، ط1422، 1 هـ.
- (9) البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي، **قواعد الفقه**، الصدف بيلشرز - كراتشي، ط1، 1407 هـ.

- (10) ابن بطّال، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، شرح صحيح البخاري، تحقيق: ياسر بن ابراهيم، مكتبة الرشد، السعودية-الرياض، ط2، 1413هـ.
- (11) البغدادي، أبو محمد غانم بن محمد، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، د ط، د ت.
- (12) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، ط1، 1414هـ.
- (13) البورنو، محمد صدقي بن أحمد، موسوعة القواعد والضوابط الفقهيّة، مؤسسة الرسالة، ط1.
- (14) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي الخراساني، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط3، 1424هـ.
- (15) الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن الضحاك، السنن، تحقيق: أحمد شاکر وآخرون، مطبعة مصطفى البابي - مصر، ط1395، 2هـ.
- (16) التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، التلويح إلى كشف حقائق التنقيح ومعه شرح التلويح على التوضيح، للمحبوبي، عبيد الله بن مسعود، تحقيق: محمد عدنان درويش، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت-لبنان، ط1، ت1419هـ-1998م.
- (17) الجرجاني، علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، ت1410هـ-1983م.
- (18) الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط، 1405هـ.
- (19) ابن جوزي، شمس الدين سبط أبي الفرج، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف، تحقيق: ناصر العلي، دار السلام، القاهرة، ط1، 1408هـ.
- (20) الجوهري، اسماعيل بن حمّاد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1407هـ.

- (21) الحاكم، أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، دار الکتب العلمیة - بیروت، ط1، ت1427 هـ.
- (22) ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة - بيروت، 1379 هـ.
- (23) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، دط، دت.
- (24) الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله بن محمد الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت، ط3، 1412 هـ - 1992 م.
- (25) حماد، نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي، دار الشروق.
- (26) حمود، سامي حمود حسن، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، مكتبة دار التراث-القاهرة، ط3، 1411 هـ.
- (27) الحموي، أحمد بن محمد الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الکتب العلمیة، بیروت، لبنان، دط، 1405 هـ - 1985 م.
- (28) الحموي، شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت الحموي، معجم البلدان، دار صادر، بيروت، ط3، 1995 م.
- (29) ابن حيان، محمد بن يوسف بن علي بن حيان، البحر المحيط في التفسير، تحقيق: صدقي محمد جميل، دار الفكر-بيروت.
- (30) حيدر، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، دط، دت.
- (31) الخرخشي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة-بيروت، دط، دت.
- (32) خفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي-القاهرة، 2000 م.

- (33) الخن، مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، بيروت- لبنان، مؤسسة الرسالة، ط1، ت1392هـ - 1972م.
- (34) أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، ط1، دت.
- (35) الدسوقي، محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، ط1، دت.
- (36) الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط3، 1405 هـ.
- (37) الرازي، أبو عبد الله فخر الدين، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420هـ.
- (38) الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون- بيروت، ط2، ت1415هـ - 1995م.
- (39) الرافي، عبد الكريم بن محمد القزويني، الشرح الكبير فتح العزيز بشرح العزيز، دار الفكر، ط1، دت.
- (40) الرحيباني، مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2، 1415هـ.
- (41) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، ط1، 1425هـ - 2004م.
- (42) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر- بيروت، ط أخيرة، 1404هـ.

- (43) الزبيدي، أبو بكر بن علي بن محمد الزبيدي، الجوهرة النيرة على مختصر القنوري، المطبعة الخيرية، ط1، 1322هـ.
- (44) الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، تحقيق د. عبد العزيز مطر، دار الجيل، بيروت 1390هـ-1970م.
- (45) الزحيلي، محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر - دمشق، دط، 1427 هـ - 2006 م.
- (46) الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين بن بهادر، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، 1414هـ.
- (47) الزركشي، بدر الدين بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ.
- (48) الزركلي، خير الدين بن محمود الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين ط15، 2002 م.
- (49) أبو زهرة، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي.
- (50) الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية _ بولاق، القاهرة، ط1، 1313هـ.
- (51) السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن الكافي السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية- بيروت، دط، 1411هـ-1991م.
- (52) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، دط، 1414هـ-1993م.
- (53) السرخسي، محمد بن أحمد شمس الأئمة السرخسي، النكت: شح زيادة الزيادات، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، عالم الكتب- بيروت، ط1، 1406هـ-1986م. ج1، ص178.

- (54) السعدي، عبد الرحمن بن ناصر آل سعدي ، بهجة قلوب الأبرار وقرّة عيون الأخيار في شرح
جوامع الأخبار، تحقيق: عبد الكريم الدريني، ط1، 1422هـ.
- (55) السمرقندي، محمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب
العلمية، بيروت-لبنان، ط2، 1414هـ.
- (56) سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، ط3، 1397هـ.
- (57) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب
العلمية، ط1، 1411هـ.
- (58) الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد، الموافقات، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ- 1997م.
- (59) شبير، محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهيّة في الشريعة الإسلامية،
عمان-الاردن، دار النفائس، ط2، 1428هـ-2007م.
- (60) الشلبي، شهاب الدين أحمد بن محمد، حاشية الشلبي على تبين الحقائق، المطبعة الكبرى
الأميرية_ بولاق، القاهرة، ط1، 1313هـ.
- (61) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبدالله، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول،
تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، ط1، 1419هـ.
- (62) شيخ الإسلام ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس بن عبد الحلیم الحرّاني، مجموعة الرسائل
والمسائل، علّق عليه: محمد رشيد رضا، لجنة التراث العربي، د ط، د ت.
- (63) شيخ الإسلام، تقي الدين أبو العباس الحرّاني، القواعد النورانية الفقهيّة، تحقيق: أحمد بن محمد
الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1422هـ.
- (64) شيخ الإسلام، تقي الدين أبو العباس بن أبي القاسم الحرّاني، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية،
ط1، 1408هـ.

(65) شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي.

(66) الشيرازي، ابراهيم بن علي بن يوسف، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية.

(67) الشيرازي، أبو اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف، التنبيه في الفقه الشافعي، عالم الكتب.

(68) الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية

الصاوي على الشرح الصغير للدردير المسمى (أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، دار

المعارف، د ط، د ت.

(69) الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري = جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله

بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر، ط1، 1422هـ.

(70) الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري

النجار وآخرون، عالم الكتب، ط1، 1414هـ.

(71) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار

الفكر-بيروت، ط2، 1412هـ - 1992م، ج1، ص50.

(72) العبادي، عبد السلام، الملكية في الشريعة الإسلامية - طبيعتها ووظيفتها وقيودها، مؤسسة

الرسالة-بيروت، ط1، 2000م.

(73) عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، مصطفى

بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، مؤسسة القرطبة.

(74) عبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح، القواعد والضوابط الفقهيّة المتضمنة للتيسير، عمادة

البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1،

1423هـ-2003م.

(75) العثيمين، محمد بن صالح بن محمد، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، ط1، 1422هـ.

(76) العجم، رفيق العجم، مصطلحات أصول الفقه عند المسلمين، بيروت-لبنان، مكتبة لبنان، ط1، 1418هـ-1998م.

(77) العدوي، علي بن أحمد بن مكرم، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني، تحقيق: يوسف البقاعي، دار الفكر-بيروت، د ط، 1414هـ.

(78) العزّ بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د ط، 1414هـ.

(79) عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت.

(80) العيني، بدر الدين العيني، البناء شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ، ج8، ص327، وابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، د ت.

(81) العيني، محمود بن أحمد بن حسين بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط، د ت.

(82) الغنميين، أسامة عدنان، والصوا، علي محمد، تأصيل القواعد الفقهيّة، مفهومه، مسالكه، مجلة دراسات الجامعة الأردنية، المجلد37، علوم الشريعة والقانون، العدد2، تشرين الثاني2010م، ذو القعدة1431.

(83) الغنيمي، عبد الغني بن إبراهيم الغنيمي الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، د ت.

- (84) ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: أنس محمد الشامي، القاهرة-مصر، دار الحديث، د.ط، ت1429هـ-2008م.
- (85) الفلوسي، مسعود بن موسى الفلوسي، القواعد الأصولية، تحديد وتأصيل، مكتبة وهبه القاهرة، ط1، ت1424هـ-2003م.
- (86) الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت- لبنان، دار الجيل، د.ط، دت.
- (87) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، بيروت- لبنان، المكتبة العلمية، د ط، د ت.
- (88) ابن قدامه، موفق الدين عبد الله بن أحمد ، المغني، مكتبة القاهرة، د ط، د ت.
- (89) القرالة، أحمد ياسين القرالة، القواعد الفقهيّة وتطبيقاتها الفقهيّة والقانونية، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط1، 1435هـ.
- (90) ابن قطلوبغا، زين الدين أبو العدل قاسم، تاج التراجم في طبقات الحنفية، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط1، 1413 هـ.
- (91) ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن الجوزيه، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1، 1411هـ.
- (92) الكاساني، علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ.
- (93) الكفوي، أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري، بيروت- لبنان، مؤسسة الرسالة، ط2، ت1432هـ-2011م.

- 94) ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء الكتب العربية- فيصل البابي.
- 95) ابن مازه، برهان الدين بن أحمد، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت_لبنان، ط1، 1424هـ.
- 96) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجده- في دورته التاسعه.
- 97) مجموعة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هوايني، ناشر: نور محمد كاراخانة تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، المادة(4).
- 98) العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد،، البناء شرح الهداية، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ - 2000 م.
- 99) مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، الجامع الصحيح، دار الجيل بيروت. ط1.
- 100) مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1418 هـ - 1997 م
- 101) المنّوي، زين الدين عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى-مصر، ط1، ص1356هـ.
- 102) منظمة المؤتمر الإسلامي بجده، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- 103) ابن منظور، محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، بيروت- لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط3، ت1419هـ-1999م.
- 104) المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ.

105) الموصلي، عبد الله بن محمود، الإختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي_القاهرة، دط، ت 1356هـ.

106) النووي، محيي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير شاويش، المكتب الإسلامي، بيروت_دمشق، ط3، 1412هـ.

107) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر، دط، دت.

108) الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، دط، ت 1357 هـ - 1983 م.

Abstract

Aeshah Ali Mohammad

**The Fiqh Rules in Muhammad ibn Ahmad al-Sarakhsi's Kitab
al-Mabsut**

Supervised by Prof . Adnan al-Ghunmein

**Submitted in partial fulfillment of the requirements for the
MA degree in Usul al-Fiqh, Yarmouk University, 2015.**

The present study aims at clarifying the Fiqh rules in Imam Sarakhsi's Kitab al-Mabsut in terms of the reference's account on Fiqh al-Muamalat (Islamic rules on transactions) especially among the Hanafiyeh scholars.

The methodology used by the has employed a comprehensive approach that began with collecting the data and relevant literature, extracting from them the Fiqh rules related to the subject of the study and then explaining, examining, analyzing and clarifying the Ahkam (the Islamic commandments or rulings) supported by evidence from Qur'an and Sunnah. Every Hukm (rule) provided is also supported by old and contemporary applications taken from related literature explained cohesively with details and concise documentation.

The study revealed that Sarakhsi's Kitab al-Mabsut consisted of many important Fiqh rules. In the book, Imam Sarakhsi – peace be on his soul – sets a huge part in which he listed and explained with details all Ahkam and Foroua (derived Ahkam) with reference to a number of Fiqh rules derived from major Fiqh rulings considered to be the most important pillars upon which the Fiqh Science is based.